

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Ricardo PAZOS CASTRO** (Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general.–2. Derecho de la persona.–3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil.–4. Derechos reales. Derecho hipotecario.–5. Derecho de familia.–6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Préstamo. Vencimiento anticipado y continuación del devengo de cuotas mensuales. Actos propios.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo es contrario a los propios actos exigir judicialmente el pago de todas las cuotas pendientes de un préstamo cuando el prestamista, a pesar de haber declarado el vencimiento anticipado por impago, continúa pasando al cobro las siguientes cuotas del préstamo en la cuenta bancaria del deudor, que las paga. En consecuencia, procede condenar a la prestataria a abonar exclusivamente las cuotas vencidas e impagadas. (STS de 19 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En octubre de 2013 una comunidad de propietarios concertó un préstamo con Franfinance, que dejó de abonar desde agosto de 2014 hasta marzo de 2015, momento en que el prestamista declaró el vencimiento anticipado del préstamo. No obstante, el prestamista continuó pasando al cobro distintas cuotas, de suerte que la prestataria efectuó el pago de las cuotas de agosto 2014 y de marzo 2015 a enero de 2016, fecha en la que se dejaron de cargar recibos de pago del préstamo, habiendo sido presentada la demanda de reclamación de cantidad en julio de 2015.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo consideró aplicable al caso la doctrina de los actos propios «porque la reclamación judicial de todos los plazos pendientes del préstamo no es coherente con la conducta anterior de Franfinance del paso al cobro en la cuenta de la comunidad de las cuotas correspondientes a once mensualidades consecutivas. La conducta de Franfinance fundó la legítima confianza de la Comunidad en que, si pagaba las cuotas mensuales que correspondían, de acuerdo con el contrato, a cada una de las cuotas que iban venciendo, no se le iban a imponer las consecuencias del vencimiento anticipado». Por consiguiente, asumida la instancia por el Alto Tribunal, se estimó parcialmente la demanda condenando a la prestataria a abonar, exclusivamente, las cuotas de septiembre 2014 a febrero 2015, únicas vencidas e impagadas. (A. A. O.)

2. Prescripción extintiva de acciones: Reclamación por secuelas médicas de parto: Interpretación restrictiva.—Examen del recurso de casación interpuesto: sobre la excepción de prescripción acogida por la sentencia recurrida, y su admisibilidad.

El silencio de la relación jurídica, por el tiempo establecido en las leyes, determina la posibilidad de oponer la excepción de prescripción, que no es susceptible de ser apreciada de oficio, sino que habrá de ser alegada y acreditada por la parte demandada.

La prescripción extintiva es reputada como medio de liberarse del derecho ajeno ante la imposibilidad de su ejercicio, al haber prescrito la acción para actuar su defensa o protección jurídica. A este efecto se refiere el artícu-

lo 1930 II CC, cuando norma que «también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean».

La excepción de prescripción planteada, su acogimiento por parte de las sentencias de primera y segunda instancia, la necesidad de resolución del recurso de casación interpuesto, que cuestiona el juego de tal instituto jurídico, exige partir de unas consideraciones previas:

1.^a La prescripción, como limitación del ejercicio de los derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

Es necesario destacar, como punto de partida, el carácter excepcional y restrictivo que tiene la prescripción de acciones, como de forma reiterada viene destacando esta Sala, al señalar que es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva.

No obstante, es preciso destacar también que la jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto que nos ocupa; pues ello supondría una patente vulneración de nuestro ordenamiento jurídico y una desvinculación de la jurisdicción de su preceptiva sujeción a la ley (art. 117.1 CE). También hemos declarado que el plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

2.^a Determinación del día inicial del plazo del ejercicio de las acciones por culpa extracontractual cuando se trata de daños corporales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1969 CC, el tiempo de la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Con ello se consagra la regla latina *actio nondum nata non praescribitur*. (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010, Recurso de Casación núm. 644/2006). La apreciación de la prescripción, tratándose de daños causantes de lesiones corporales, ha recibido un tratamiento específico desde una doble perspectiva; primero, con carácter general, bajo la premisa de que no es posible determinar el alcance exacto del daño en el momento en que fue causado; y, en segundo término, en congruencia con el anterior, que el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones resarcitorias no se inicia hasta el conocimiento definitivo de las consecuencias lesivas sufridas, lo que implica la estabilización de las secuelas, toda vez que, en ese momento, es cuando realmente se puede cuantificar el daño causado para ser judicialmente reclamado. En este sentido, señala la STS 326/2019, de 6 de junio, que: «Respecto al día inicial para el cómputo del plazo de prescripción tiene declarado la sala (sentencia 545/2011, de 18 de julio) que la prescripción de la acción, en supuestos como el que se enjuicia, para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados. El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, recurso núm. 2908/2001 y de 17 de abril de 2007). Incluso, en ese esfuerzo delimitador, se ha ampliado el *dies a quo* hasta la expedición de las certificaciones de incapacidad o grados de invalidez expedidas por las Administraciones Públicas competentes, en tanto en cuanto pueden influir en la cuantificación de la indemnización procedente.

3.^a El día del alta médica, con carácter excepcional, no es definitivo, cuando resulten necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas.

Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (STS, Pleno, de 17 de abril de 2007), lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inició en un momento posterior.

4.^a Las diligencias preliminares como manifestación de la intención de mantener viva la acción y su virtualidad interruptiva de la prescripción. La presentación de unas diligencias preliminares, en tanto en cuanto constituyen manifestación exteriorizada de la voluntad de preparar el ejercicio de una acción judicial (art. 256.1 LEC), han de valer como causa legítima de interrupción de la prescripción, ya sea ésta civil o mercantil. Así lo ha proclamado este Tribunal Supremo, sirviendo a título de muestra su sentencia 1225/2007, de 12 de noviembre, que, con cita de la STS de 20 de junio de 1986, se expresa en los términos siguientes: «Las diligencias preliminares, dirigidas contra quien luego será demandado constituyen un instrumento idóneo y eficaz para llevar a cabo el requerimiento judicial conservativo que según el artículo 1973 CC permite interrumpir el plazo de prescripción, pues a través de ellas el demandado, como se ha visto, obtiene suficiente conocimiento de lo que se va a pretender de él en un posterior pleito». Como manifestación del ejercicio de la acción judicial son consideradas las diligencias preliminares por las SSTS 225/2005, de 5 abril; 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 130/2017, de 27 de febrero.

Valoración jurídica de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso.—En primer lugar, no cabe identificar el proceso causal desencadenante del daño corporal sufrido por el menor, que se produjo durante el parto en el que padeció un cuadro clínico caracterizado por secuelas motoras y neuropsicológicas secundarias a la falta de oxígeno por cese de flujo sanguíneo cerebral, con la determinación del día inicial del cómputo del plazo del año para el ejercicio de la acción, lo que requiere la determinación definitiva de las secuelas, como presupuesto necesario para postular la indemnización correspondiente, que ha de ser condigna con el daño real y efectivo padecido para garantizar la indemnidad de la víctima. Pues bien, es obvio que una patología de tal clase puede causar una gama amplísima de discapacidades por afectación de distintas funciones, con diferentes intensidades y variable duración, tanto en el terreno motor, sensorial, conductual, cognitivo, emocional, de integración social, etc., con la presentación de una posible pluralidad de trastornos motores, parálisis cerebral, de la alimentación, del lenguaje, visuales, pérdida auditiva, entre otros, susceptibles de manifestarse con el desarrollo del menor. Es, por ello, que la determinación de las secuelas es difícil de establecerla en los primeros meses de la vida del niño, puesto que la medicina nos enseña, como máxima de experiencia científica, que pueden ser objeto de una progresiva manifestación. En cualquier caso, el seguimiento del menor es pauta indeclinable a tales efectos. La resolución de este recurso nos exige determinar, bajo las premisas antes expuestas, si, al tiempo de ejercitarse la presente acción, la misma debe ser reputada prescrita, cuestión jurídica que hemos de contestar negativamente. En efecto, obtener la conclusión de que el cuadro patológico del menor no se había estabilizado, sino que se encontraba en proceso evolutivo resulta de la evaluación

llevada a efecto por la comisión de valoración de invalideces de la Junta de Andalucía, de fecha 15 de abril de 2010, que fijó un grado de minusvalía del menor del 40%; mientras que, en su dictamen de 27 de abril de 2012, se reconoció un nuevo grado de discapacidad del 65%. La complicación alimenticia del menor, fue diagnosticada el 27 de octubre de 2011, y antes se había presentado una dificultad para la deglución el 15 de marzo de dicho año, cuyo reflejo en el historial clínico del menor determinaba el interés asistencial de seguir su evolución. No se le diagnosticó en este momento, sino posteriormente. Es por ello, que hemos de concluir que el primer diagnóstico de este importante trastorno es de octubre de 2011, lo que se ratifica en la revisión del servicio de Rehabilitación del Hospital, el 19 de marzo de 2012, en que consta pauta de comida triturada. Siendo así las cosas la acción no habría prescrito, en tanto en cuanto, en el mes de marzo de 2012 se formula una reclamación extrajudicial y, en el mes de abril siguiente, unas diligencias preliminares, cuya finalidad no era otra que la preparación del presente juicio (art. 256.1 LEC), precisamente para ello se interesó el historial clínico del menor del hospital en el que se desarrolló el parto. Ya nos hemos referido al efecto interruptivo de la prescripción, que se atribuye a dichas diligencias, conforme a la jurisprudencia de este tribunal. Es por ello que, si el diagnóstico se produjo el 27 de octubre de 2011, la acción se podría ejercitar hasta el 27 de octubre de 2012. Comoquiera que, antes de transcurrir el fatal plazo del año del artículo 1968.2 CC, la prescripción se interrumpió el 24 de abril de 2012, al haberse ejercitado la presente acción judicial el 20 de marzo de 2013, dado que la misma no se encontraba prescrita. Por otra parte, la enfermedad ya era conocida en el 2009, en que se pauta tratamiento fenobarbital, utilizado en clínica para tratar convulsiones en niños pequeños, ahora bien, surgen dudas sobre su consolidación como secuela y su entidad, toda vez que no consta en el dictamen posterior de la comisión de valoración de invalideces de 2010, siendo precisamente el 23 de enero de 2012, cuando ingresa con clínica epiléptica generalizada, que precisamente motiva además la concesión de un mayor nivel de discapacidad que pasa del 40 al 65%. Las circunstancias expuestas permiten concluir que el cuadro clínico del menor se encontraba en evolución, las secuelas no se habían estabilizado, por lo que la demora, en el ejercicio de la acción judicial, se encontraba justificada en aras al conocimiento real y efectivo del daño sufrido. En definitiva, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la doctrina reflejada en la jurisprudencia antes citada, estimamos, con acogimiento del recurso de casación interpuesto, que la acción ejercitada con respecto a las dolencias del menor no puede considerarse prescrita.

Prescripción de los daños propios causados a la madre.—En relación con la acción de resarcimiento de daños propios postulados por la madre es necesario tener en cuenta que, con respecto a la ligadura de trompas llevada a efecto durante el parto, en el año 2009, evidentemente ha prescrito. Con relación a la dolencia psíquica diagnosticada a la recurrente no se ha atacado debidamente, por la vía oportuna, la falta de relación de causalidad con los hechos enjuiciados, tal y como se señala por la Audiencia, lo que es cuestión distinta a la prescripción. Por consiguiente, el recurso de casación no puede acogerse en este concreto extremo.

Consecuencias de la estimación del recurso de casación.—Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, al considerar que no existe la prescripción apreciada por la sentencia recurrida procede casar la sentencia y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la

demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma con carácter preferente, si bien con sujeción a lo ya decidido por esta Sala Primera, sobre la desestimación de la prescripción en relación con las lesiones y secuelas sufridas por el menor. Sin imposición de las costas y con devolución del depósito constituido (**STS de 10 de junio de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 13 de marzo de 2009 la actora acudió al Hospital de Sevilla para la asistencia al parto de su segundo hijo, que nació ese mismo día. El menor fue dado de alta el 7 de abril de 2009, tras haber padecido una secuela en el parto. Un primer dictamen de la Comisión de evaluación de invalideces de la Junta de Andalucía, 15 de abril 2010 determinó un grado de minusvalía del menor del 40%. El 27 de octubre de 2011 el niño fue diagnosticado dificultad para la deglución, manifestado ya el 15 de marzo de 2011 y después en la revisión del Servicio de Rehabilitación 19 de marzo 2012. 23 de enero 2012 ingresó con clínica epiléptica generalizada. El 27 de abril de 2012 se le reconoció un nuevo grado de discapacidad del 65% por aparición y valoración de otras secuelas.

La parte demandante realiza la primera reclamación extrajudicial el 8 de marzo de 2012. El 24 de abril de 2012 se interponen diligencias preparatorias que se tramitan en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla, a los efectos de obtener el historial clínico del menor y preparar la demanda, que se interpuso el 20 de marzo de 2013 ante el mismo. En la contestación la Compañía de Seguros opuso, en primer término la prescripción de la acción. La Magistrada-Juez en sentencia de 29 de enero de 2017, desestimó íntegramente la demanda. La sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 18 de mayo de 2017, desestimó íntegramente el recurso. La madre del niño ha interpuesto recurso de casación, que ha sido admitido.

El Tribunal Supremo declara prescritos los daños propios postulados por la madre, por falta de relación de causalidad. (*G. G. C.*)

3. Inicio del cómputo del plazo de prescripción para exigir un crédito cuando acreedor y deudor acuerdan que la deuda se incluya en el pasivo de la herencia del deudor.—Para que empiece a correr el plazo de la prescripción es preciso no solo que la pretensión haya nacido, sino también que sea jurídicamente exigible. Cuando, por acuerdo de las partes, la exigibilidad de un crédito se somete a término, el momento inicial del cómputo de la prescripción no puede situarse antes de que llegue el mismo, porque con anterioridad a ese momento la deuda no resulta exigible y, en la terminología del artículo 1969 CC, la acción no podía ser ejercitada.

En particular, cuando acreedor y deudor acuerdan que un determinado crédito se incluya en el pasivo de la herencia del deudor, ello supone que fijan un término *certus an et incertus quando* y que, correlativamente, se retrasa la facultad de exigir el cumplimiento al momento del fallecimiento del deudor y posterior liquidación y partición de su herencia.

Por tanto, el cómputo del plazo de prescripción para exigir un crédito cuando acreedor y deudor acuerdan que la deuda se incluya en el pasivo de la herencia del deudor se debe iniciar en el momento del fallecimiento del deudor.

Asímismo, una vez nacido un crédito y fijada su exigibilidad, no es preciso que el causante haga mención en su testamento a dicho crédito, pues la herencia comprende todos los bienes, derechos y las obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte (art. 659 CC). (**STS de 20 de octubre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excm.a Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Matilde interpone demanda solicitando división judicial de la herencia, cuya causante es su madre, Isabel, contra los otros dos herederos instituidos, su hermana Luz y su hermano Carlos. La demanda es estimada parcialmente, por lo que quedan incluidos en el inventario: como pasivo, el importe correspondiente a las obras ejecutadas por la sociedad de gananciales integrada por Luz y su esposo en relación con una vivienda que pertenecía a la causante, siendo reconocido dicho hecho por documento suscrito el 25 de marzo de 1990, en el que la causante expresaba su voluntad de que lo invertido por Luz y su esposo se incluyera en el pasivo de su herencia; y, como activo, la cuantía de 18.000 euros entregados por la causante y el marido de ésta a la heredera Matilde.

Matilde interpone recurso de apelación. El recurso es estimado, por lo que queda revocada la inclusión en el pasivo de la herencia del importe correspondiente a las obras ejecutadas en el inmueble propiedad de la causante. La decisión se basa en que no existía (al estar prescrita) la deuda al tiempo del fallecimiento de la madre ni tampoco podía tenerse en cuenta al tiempo de abrirse la sucesión como mejoras realizadas sobre los bienes de la herencia.

Luz interpone recurso de casación. El recurso es estimado porque, en virtud de acuerdo entre la madre y Luz, se retrasó la facultad de exigir el cumplimiento del crédito en favor de Luz hasta el momento del fallecimiento de la madre. Por ello, el razonamiento de la Audiencia, al considerar que en el momento del fallecimiento de la causante la deuda a que se refiere el documento de 1990 había prescrito, no es correcto, pues hasta el fallecimiento de la madre deudora, no podía comenzar a computarse el plazo de prescripción al no poder ser ejercida la acción correspondiente. (*T. R. C.*)

4. Responsabilidad por vicios en la construcción: Prescripción extintiva: Interrupción.—En la sentencia recurrida se aprecia la prescripción de la acción esgrimida contra el arquitecto y el arquitecto técnico, al entender que habían transcurrido los dos años desde la constancia de los daños (art. 18 LOE). En la sentencia de apelación se entiende interrumpida la prescripción contra el promotor (art. 1973 CC), dado que se le remitió un burofax, pero apreció que nunca se había hecho extensiva la reclamación a los demás agentes de la edificación. Por el contrario el recurrente entiende, con la sentencia del Juzgado Primera Instancia, que el promotor puso en conocimiento de los técnicos la reclamación efectuada por el propietario del inmueble, por lo cual a presencia de este último cursaron visita a la vivienda el 15 de marzo de 2012, a raíz de la cual los técnicos emitieron informe que se entregó al promotor, en el que se expresaban los desperfectos existentes a criterio de dichos profesionales.

Esta Sala de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1973 CC, debe declarar que la reclamación efectuada al promotor llegó al

conocimiento del Arquitecto y Arquitecto Técnico intervinientes, quienes no sólo se dieron por enterados, sino que se personaron en la vivienda inspeccionando los desperfectos y emitiendo informe, por lo que la situación no les era desconocida, sino que tomaron pleno conocimiento de la reclamación efectuada, de forma que aun cuando no se les efectuara reclamación expresa por escrito, sí se han de entender requeridos, desde el momento en que se personaron en la vivienda, y todo ello por razones de conexidad y dependencia (sentencia 418/2018, de 3 julio).

Conexidad que se deriva, no de la relación de arrendamiento de servicios, sino de la presencia acordada con el promotor en orden a la subsanación de la patología constructiva, todo ello como consecuencia de una reclamación que aun remitida sólo al promotor, por sus amplios términos, comprendía a los dependientes del mismo.

Estimados los motivos, y asumiendo la instancia, procede confirmar la sentencia del Juzgado Primera Instancia de Talavera de la Reina de 26 de octubre de 2015 en cuanto queda concretada la responsabilidad solidaria de los demandados al no poder individualizar la actuación de cada uno en orden a los desperfectos acaecidos y acreditados (**STS de 22 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Teodosio y doña Valle formularon demanda frente a la entidad promotora Surcero SL, don Segismundo, aparejador y don Luis Carlos, arquitecto, para que se les condenase solidariamente a realizar las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos constructivos que presentaba su vivienda, según se hacía constar en el informe pericial del Sr. Baldomero. Y alternativamente y para el supuesto de no ejecución de dichas obras en el plazo de dos meses se les condenara al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación por importe de 58.098,97 euros. Los demandados se oponen a la demanda y, en lo que al recurso interesa, don Segismundo y don Luis Carlos alegan prescripción de la acción al no haberse formulado reclamación directa frente a los mismos tras los dos años de finalizar la edificación y la existencia de solidaridad impropia.

En primera instancia se concluye que cuando se presentó la demanda en septiembre de 2010 el plazo de dos años había transcurrido, pero que la prescripción quedó interrumpida por la reclamación extrajudicial que los actores dirigieron a la entidad Surcero el 21 de septiembre de 2011, mediante envío de burofax que obtuvo como respuesta que los demandados giraran una visita a la vivienda el 15 de marzo de 2012 y elaboraran un informe escrito el 14 de mayo de 2012 proponiendo soluciones a los defectos reclamados. Precisa que ambos demandados eran perfectos conocedores de los desperfectos que presentaba la vivienda con posterioridad a la entrega, y que la interrupción de la prescripción surtió efectos frente a ellos, siendo la responsabilidad solidaria, al no poderse delimitar la responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

Recurrida en apelación por el aparejador y el arquitecto alegan, en primer lugar, prescripción de la acción por haberse formulado la demanda (octubre 2012) transcurridos más de dos años después de que se advirtieran los defectos constructivos (junio 2010) conforme a los artículos 17 y 18 LOE. La Audiencia Provincial considera que

en el presente caso, al momento de interponer la demanda, el plazo de prescripción había transcurrido. Considera que el burofax dirigido a la constructora promotora en 2011 no cumple con los requisitos para interrumpir la prescripción respecto a los apelantes, ya que solo fue dirigido a la constructora, y en él sólo se interesaba que se remitiera el proyecto de ejecución y el libro de órdenes. La reclamación no reúne los requisitos del artículo 1973 CC y que la reclamación dirigida sólo al promotor no interrumpe por sí sola el plazo de prescripción respecto a los demás.

El recurso de casación se interpone al amparo del artículo 477.2.3.º LEC en un único motivo en el que alegan infracción del artículo 1973 CC y la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Combate que la sentencia recurrida no entienda que exista interrupción de la prescripción respecto al aparejador y al arquitecto tras la reclamación extrajudicial dirigida al promotor, en virtud de la cual se produce una reunión a la que acuden todas las partes, llegando a emitir de forma conjunta por el arquitecto y procurador un informe sobre dichos defectos y a proponer soluciones constructivas a los mismos, siendo dicha visita, según los recurrentes, el más claro acto recepticio de la intención de reclamar por la propiedad. Refiere la existencia de criterios distantes entre las distintas Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica que se plantea.

NOTA.—Aunque no constituye, ni su única razón de ser, ni quizá la más importante, hay que destacar ante todo la finalidad práctica de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, como esta sentencia, que contribuye a facilitar normalmente la vigencia efectiva del ordenamiento en la sociedad. Sin duda ha contribuido a ello la orientación que se ha dado a los recursos en la nueva LEC. (G. G. C.)

5. Responsabilidad extracontractual: Interno que intentó fugarse de Clínica psiquiátrica: Prescripción extintiva por daños personales.—El demandante no puede conocer por sí mismo, si se habían agotado, al finalizar el tratamiento rehabilitador, las posibilidades de curación, si existían otros tratamientos alternativos o complementarios, o si se había producido la consolidación o estabilización definitiva de sus lesiones, de manera que ya no existía un margen razonable de mejoría. Elementos que no adquirió hasta que se le da el alta por el servicio de traumatología. La sentencia de la Audiencia Provincial confunde el día inicial del cómputo del plazo prescriptivo del artículo 1968.2 CC, coincidente con el alta médica de traumatología, con el debate jurídico sobre la estabilización de las lesiones sufridas, a la hora de determinar la incapacidad temporal, en su caso con secuelas, y su correlativa traducción económica. No se puede identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador. Sin embargo, el perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. A partir de ese momento es cuando se inicia el plazo de prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido. La jurisprudencia de esta Sala obedece a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, en situaciones en que no ha podido, hasta el alta médica, conocer en su

totalidad el alcance del daño corporal, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento. La estimación del recurso conduce a la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para que dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, según jurisprudencia del Tribunal Supremo. Procede casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones del Tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta Sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida (**STS de 22 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Objeto de este proceso es la demanda formulada por don Vicente, ejercitando una acción por responsabilidad extracontractual al amparo del artículo 1902 CC, en reclamación de la suma de 70.390,37 euros, por las lesiones sufridas, el 19 de octubre de 2011, cuando se encontraba ingresado en virtud de auto judicial dictado en procedimiento sobre internamiento involuntario, en la clínica psiquiátrica «El Serenil» e intentar fugarse de la misma, aprovechando que una ventana se encontraba abierta, con motivo de las labores de limpieza del referido establecimiento médico. La entidad demandada se opuso a la demanda, alegando, entre otras excepciones, la prescripción de la acción ejercitada. El siniestro ocurre el 19 de octubre de 2011, siendo intervenido quirúrgicamente y prescrito tratamiento rehabilitador hasta el día 15 de marzo de 2012; se ha de entender que el inicio del plazo prescriptivo es el 7 de mayo de 2012, fecha del alta del servicio de traumatología; se interrumpió el plazo de prescripción mediante reclamación extrajudicial por burofax de 2 de mayo de 2013 debidamente entregado al día siguiente, y la demanda del procedimiento ordinario se presentó en el Decanato de los Juzgados de Vélez-Málaga el 30 de septiembre de 2013. La sentencia del Juzgado Primera Instancia consideró concurrente culpa o negligente de la entidad demandada en su deber de vigilancia y estimó la demanda en la suma de 46.217,20 euros. La SAP de Málaga (sección 5.ª) de 25 de mayo de 2017 desestimó íntegramente la demanda con imposición de costas. Don Vicente interpuso recurso de casación, que se admite sustancialmente. (*G. G. C.*)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Derecho al honor. Intrusión ilegítima: transmisión de informaciones falsas acompañadas de opiniones y valoraciones personales del demandado. Exigencia del canon de veracidad cuando se trata del derecho de información.—El demandado, en sus artículos y programas de radio, ha expresado opiniones y valoraciones personales, pero también ha transmitido información y ha propagado simples rumores insidiosos. Y mientras que a las primeras no se les puede aplicar el canon de veracidad, cuando se transmite información sí es exigible el requisito de la veracidad, en los términos en que ha sido configurado por el Tribunal Constitucional. Ese requisito, que

la información transmitida sea veraz, ha sido incumplido por el demandado puesto que, de acuerdo con lo fijado en la instancia, las informaciones transmitidas respecto del demandante se han revelado falsas y no existe prueba de que el recurrente hubiera intentado comprobarlas conforme a cánones de diligencia profesional.

Inexistencia de responsabilidad solidaria entre los distintos medios de comunicación que publican informaciones sobre unos mismos hechos.—Cada medio de información es responsable solidario junto con el periodista respecto de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en el derecho al honor causados por la información publicada en dicho medio de información, en una relación de solidaridad interna. Pero no existe una solidaridad externa entre distintos medios de comunicación, por el hecho de que lo publicado en unos y otros haga referencia a unos mismos hechos, ni siquiera porque el autor de las manifestaciones ofensivas sea el mismo periodista. (STS de 21 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demanda de protección del derecho al honor se interpone contra un periodista por sus intervenciones en un programa de radio y en diversos artículos periodísticos publicados en un diario. En concreto, las manifestaciones cuestionadas se referían a las actuaciones que había llevado a cabo el demandante, como fiscal, en la investigación judicial de unos asuntos relacionados con la corrupción política en la isla de Lanzarote. En ellas se mezclaban opiniones con informaciones sobre la obtención, por el fiscal, de determinados favores por parte de una determinada persona contra la que no se había dirigido la acusación pese a estar implicada en las tramas corruptas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda respecto al periodista y la productora del programa radiofónico y absolvió a la editora del diario, al considerar que lo publicado en el periódico no constituía intromisión ilegítima por ser artículos de opinión. Presentados los recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el del actor y condenó al diario por intromisión ilegítima. Respecto al recurso de la otra parte, redujo la indemnización impuesta condenando solidariamente a todos los demandados (periodista, productora del programa de radio y editora del periódico). El Tribunal Supremo apreció el recurso de casación parcialmente. (C. O. M.)

7. Derecho al honor y libertad de información. Para que el ejercicio de la libertad de información sea legítimo y justifique la afectación del derecho al honor es necesario que la información transmitida sea veraz. Concepto de veracidad: consiste en la utilización de las pautas profesionales adecuadas para el contraste de la información.—El concepto de «veracidad» preciso para valorar si el ejercicio de la libertad de información fue legítimo no coincide con el de la «verdad» de lo publicado o difundido. Cuando la Constitución exige que la información sea veraz, no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia del informador, a quien se exige que lo que

transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias concurrentes.

El reportaje neutral: requisitos. La veracidad en el reportaje neutral.—No debe confundirse que la información obtenida y comunicada públicamente haya sido contrastada conforme a pautas profesionales y adecuadas a las circunstancias concurrentes con la institución del «reportaje neutral», que consiste en que el objeto de la noticia esté constituido por declaraciones ajenas que imputan hechos lesivos para el honor, que sean noticia por sí mismas. Como tales declaraciones, han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas. El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia pues si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral. De darse estos presupuestos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (**STS de 21 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Se demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor a una productora de televisión por la realización de un reportaje sobre la piscina de un hotel en el que se denunciaba que el estado del agua había causado infección a los usuarios.

En el programa de televisión intervinieron la madre de una niña afectada por una infección vaginal y cutánea, el encargado del hotel y otros clientes que manifestaron sus opiniones sobre la cuestión. Asimismo, se utilizó un aparato para analizar el agua de la piscina resultando que, en un primer análisis, se concluyó que no había suficiente cloro y, en otro posterior realizado al final del programa, se resolvió que el problema había sido solucionado y que «los huéspedes pueden nadar sin peligro de nuevo». Sin embargo, no se aportaron partes médicos en el que constaran las afecciones denunciadas, ni se acreditó que el aparato empleado para el análisis del agua estuviera homologado y calibrado y fuera el idóneo para la práctica de las mediciones de cloro que se llevaron a cabo. La información se emitió por televisión en dos años consecutivos y se mantuvo accesible en la página web del medio de comunicación durante varios meses. La demandante demostró que después de la emisión del programa la ocupación del establecimiento turístico quedó reducida, en el mes de agosto, a un 40% de turistas cuando lo normal era alcanzar el 90 o 95%. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de protección al honor en cuanto que la información que se transmitió no era veraz pues no se constató de acuerdo con los usos de la profesión. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y absuelve al demandado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—En el caso de la sentencia que nos ocupa se plantea un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor de una persona jurídica. Respecto a la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas es doctrina jurisprudencial consolidada que estas entidades pueden ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a ellas cuando la difamen o la haga desmerecer en la consideración ajena sin que sea preciso acreditar la existencia del daño patri-

monial en sus intereses, siendo suficiente la intromisión ilegítima en el honor de la entidad (STC 139/1995, de 26 de septiembre y SSTS 811/2013, de 12 de diciembre, 594/2015, de 11 de noviembre y 606/2019, de 13 de noviembre, entre otras). No obstante, esta protección ha de ser matizada, por un lado, porque las personas jurídicas de derecho público no son titulares del derecho al honor (STS 408/2016, de 15 de junio) y, por otro, porque la protección en estos casos es de menor intensidad que la existente para las personas físicas (SSTS 594/2015, de 11 de noviembre; 35/2017, de 19 de enero y 606/2019, de 13 de noviembre). La cuestión principal de la sentencia versa sobre la valoración que realiza el Tribunal Supremo respecto de las actuaciones llevadas a cabo por unos periodistas a los efectos de determinar si se ha cumplido el canon de veracidad en la elaboración de un reportaje sobre las aguas de una piscina de un hotel que había causado infección a sus usuarios. Para la Audiencia Provincial la información era veraz, en los términos que la define el Tribunal Constitucional, pues se había realizado de acuerdo a los usos profesionales. Sin embargo, parece más acertada la decisión de la sentencia pues en realidad la Audiencia había infringido la carga de la prueba al dar por bueno el medidor utilizado por los reporteros, para el análisis del cloro del agua de la piscina, bajo la premisa de que no había constancia de que no estaban homologados. Como señala la sentencia comentada no se guardó las pautas de diligencia exigibles en el ejercicio del derecho a la libertad de información pues, dada las repercusiones que dicho reportaje iba tener en el honor de la persona jurídica, era exigible a los periodistas la comprobación de las infecciones denunciadas y la acreditación de que los aparatos de medición usados eran los adecuados para la realización de los análisis. (C. O. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

8. Consumación del contrato a los efectos de la caducidad de la acción de nulidad por error vicio.—La Sala Primera reitera su última doctrina en materia de *swaps* y bonos estructurados complejos (véase, STS núm. 721/2018, de 19 de diciembre), según la cual, en esta clase de contratos, no hay consumación del contrato —a efectos del cómputo del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio o dolo— en tanto no se extingue la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento recíproco y completo de las prestaciones a cargo de las partes, así como la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. De este modo, el cómputo del *dies a quo* no se debe adelantar a un momento anterior al de la consumación, aunque el cliente pueda tener conocimiento de este, ya que la literalidad del artículo 1301 IV CC sitúa el inicio del plazo de

caducidad en este momento. (STS de 21 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El pleito versaba sobre préstamo con garantía hipotecaria, celebrado entre dos particulares y la entidad Abanca. Del contrato, los particulares impugnaron la cláusula suelo que en él se contenía. Junto a ello, interpusieron una acción de nulidad radical (y subsidiariamente por vicio error vicio) frente al contrato de permuta financiera o *swap* que había sido celebrado en paralelo al préstamo. El contrato de préstamo se había celebrado el 8 de junio de 2007, junto con el *swap*, venciendo este último el 1 de julio de 2012. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de Abanca, pues estimó la pretensión sobre la cláusula suelo, pero declaró la caducidad de la acción de nulidad. Ante ello, los particulares interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La sentencia ubica el cómputo del *dies a quo* en la consumación final del contrato de *swap*; ello por más que en otros supuestos, también referidos a productos financieros complejos, la misma Sala Primera haya declarado que el momento relevante es el del conocimiento del error o del dolo, cuando este momento sí favorecía al demandante (véanse, sobre todo, la STS, Pleno, núm. 769/2014, de 12 de enero, relativa a un producto financiero complejo; y la STS núm. 680/2019, de 17 de diciembre, a propósito del cómputo del plazo para el ejercicio de una acción de nulidad por error vicio en un supuesto de compraventa de un cuadro). (A. I. R. A.)

9. Productos financieros. Perfil inversor: manifestaciones.—Son manifestaciones significativas de un perfil inversor de riesgo, el contratar productos financieros de elevada rentabilidad a pesar de que podrían suponer la pérdida de lo invertido, circunstancia expresamente informada por el banco y aceptada por escrito por los adquirentes del producto financiero.

Información suplementaria.—La jurisprudencia considera que la mera lectura del documento contractual resulta insuficiente, pues es precisa una actividad suplementaria de información del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato.

Menciones predispuestas.—No son aceptables las menciones predispuestas relativas al reconocimiento, por parte de los clientes bancarios, de haber recibido la correspondiente información sobre las características y riesgos del producto financiero adquirido, para dar por justificado el cumplimiento del deber precontractual de informar.

Advertencia de pérdida total.—Las advertencias de pérdida total de lo invertido o los ejemplos de los distintos escenarios de evolución del producto otorgan una información sobre sus características y riesgos que no constituyen menciones predispuestas de conocimiento, sino que, por el contrario, se reflejan para que los clientes tomen constancia efectiva de las condiciones del producto financiero contratado.

Obligación de información.—No debe ser el cliente el que tenga el deber contractual de buscarse diligentemente la información sobre el producto

financiero objeto del contrato suscrito. (STS de 21 de septiembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de doña L., don V. y doña F. suscribieron, junto con su padre, don S. una orden de contratación de un bono estructurado conocido como DJ Eurostoxx 50, por un determinado importe, emitido por L. T. Co BV, filial de L. B. Holding Inc., garante del producto, que fue comercializado por B., S. A. (*Contrato se celebrado antes de la incorporación a nuestro derecho interno de las directivas MiFID*) Como consecuencia de las pérdidas sufridas en dicha inversión los hijos presentaron demanda contra la referida entidad bancaria, ejercitando una acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de conducta exigibles en el asesoramiento financiero prestado, postulando la condena de B., S. A. a abonar a los demandantes una determinada suma más intereses legales. La demanda se fundamentó, en que la precitada entidad bancaria asesoró erróneamente en dicha compra a los demandantes con una información incorrecta e incompleta, sustrayéndoles igualmente información sobre los procesos concursales seguidos en Ámsterdam y Nueva York. Se alegó también que los adquirentes carecen de conocimientos financieros, que el producto se les vendió con un mero tríptico comercial sin explicación de riesgos, que no firmaron contrato marco alguno y que la única recomendación que les hizo la demandada fue sobre dicho producto. Se sostuvo que el bono contratado no era adecuado al perfil de los actores y que tuvo una mala evolución que no les fue puesta en conocimiento por el banco. La parte demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora, y en esencia mantuvo que los demandantes eran inversores experimentados, que conocían el producto que contrataban al tener inversiones previas en otros de similares características, que se les informó debidamente sobre los riesgos y condiciones del bono adquirido, así como que la ulterior quiebra de L. B. era imprevisible al tiempo de la contratación litigiosa, gozando de una óptima calificación. La sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla estimó íntegramente la demanda, razonando que la orden de suscripción del producto no contenía la información requerida, que tampoco consta fuera facilitada a la parte demandante por otros medios. Reconoce, no obstante, que el contrato contiene una advertencia final sobre el riesgo y una posible pérdida del 100% de lo invertido. También se consideró que el hecho de haber tenido otros productos de inversión o ser administrador o apoderado de sociedades no significa tener conocimientos expertos. Se mantuvo, por último, que la conducta antijurídica del banco pivota sobre la falta de información con los requisitos requeridos por el RD 629/1993, vigente a la fecha de la contratación. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada, que fue resuelto por sentencia de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que revocó la dictada en primera instancia, en esencia, bajo el razonamiento de que queda acreditado que quien realmente contrataba era el padre fallecido de los actores, el cual actuaba como un mandatario verbal de sus hijos y que, a éste, por su asesor

personal, que le fue asignado por la entidad, se le explico claramente cual eran las características del producto adquirido, testificando que lo comprendió y conocía el producto que iba a adquirir. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la reciente Directiva (UE) 2020/1504 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020 modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, establece que la financiación participativa es una solución de tecnología financiera que ofrece a las pequeñas y medianas empresas (pymes) y, en particular, a las empresas emergentes y a las empresas en expansión un acceso alternativo a la financiación, con el fin de promover un emprendimiento innovador en la Unión, reforzando así la Unión de los Mercados de Capitales. Ello contribuye a su vez a un sistema financiero más diversificado y menos dependiente de la financiación bancaria, limitando así los riesgos sistémicos y de concentración. Otras ventajas de la promoción del emprendimiento innovador a través de la financiación participativa son el desbloqueo de capital congelado para la inversión en proyectos nuevos e innovadores, la aceleración de una asignación eficiente de los recursos y la diversificación de los activos. El Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo establece requisitos uniformes, proporcionados y directamente aplicables para la prestación de servicios de financiación participativa, la organización, la autorización y la supervisión de los proveedores de servicios de financiación participativa, la explotación de plataformas de financiación participativa y la transparencia y las comunicaciones publicitarias en relación con la prestación de servicios de financiación participativa en la Unión. Para ofrecer seguridad jurídica respecto de cuáles son las personas y los servicios que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2020/1503 y de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, respectivamente, y para evitar que un mismo servicio requiera más de una autorización en la Unión, las personas jurídicas autorizadas como proveedores de servicios de financiación participativa en virtud del Reglamento (UE) 2020/1503 deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/65/UE. (N. D. L.)

10. Consumidores. Cláusulas abusivas: Cuando la sentencia estima la demanda de abusividad, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas, por la concurrencia de serias dudas de derecho, hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE.—En efecto, el consumidor, en estos casos, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado por ella, debe cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad, lo que produce un efecto disuasorio inverso, pues no se disuade a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuade a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Por ello, esta solución es contraria a las exigencias derivadas de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, principio de no vinculación de los consumidores a las cláusulas

las abusivas, y al principio de efectividad del Derecho de la UE (véanse STS 419/2017, de 4 de julio; y, más recientemente, la STJUE de 16 de julio de 2020). (STS de 17 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Ángel y Raimunda demandaron a una entidad bancaria el 27 de octubre de 2016, solicitando, principalmente, la nulidad de las cláusulas relativas al préstamo hipotecario en divisa extranjera que habían concertado para la adquisición de su vivienda, dado su carácter de producto financiero complejo, al que debía aplicarse la normativa del mercado de valores que regula las exigencias de claridad, transparencia e información en la comercialización de este tipo de productos; y, subsidiariamente, la nulidad de las cláusulas relativas a la divisa de acuerdo a la normativa sobre defensa de consumidores y usuarios.

El juzgado desestimó la demanda con costas a los actores. La audiencia apreció la apelación y declaró la nulidad de las cláusulas relacionadas con la divisa, por no superar el control de transparencia; y, en cuanto a las costas, las dudas de derecho sobre normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa, llevó a no hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. El TS dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la parte actora, sobre la no imposición de las costas de la primera instancia a la demandada por parte de la audiencia. (I. D.-L.)

11. Incumplimiento contractual. Indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 CC. Condena al pago de los intereses legales. Momento a partir del cual se computan: desde la interposición de la demanda. Diferencia con la acción de nulidad contractual.—Si lo que se pretende es la declaración de nulidad del contrato con aplicación de lo establecido en el artículo 1303 CC, es decir, la devolución de las respectivas contraprestaciones con sus intereses, es evidente que no es de aplicación el artículo 1109 CC, ya que en dichos intereses deben también incluirse los intereses legales que el comprador debería devolver de las percepciones que obtuvo. Sin embargo, si lo que se ejercita y se estima es una acción de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios, no cabe aplicar los anteriormente mencionados, pues son incompatibles con una acción de responsabilidad contractual. Así, la STS 165/2018, de 22 de marzo, ya ha declarado que «no cabía aplicar los intereses legales a la cantidad invertida desde la fecha de la inversión, como si se tratara del efecto propio de la nulidad del negocio. Si se hubiera declarado la nulidad de la adquisición de las subordinadas, sí tendría sentido, conforme al artículo 1303 CC, ordenar la restitución de las cosas objeto del contrato con sus frutos (en este caso la subordinada y los rendimientos percibidos) y el precio con sus intereses (el capital invertido y los intereses devengados desde entonces). Pero, insistimos, la acción ejercitada no era de nulidad, sino de indemnización de daños y perjuicios». En igual sentido se han pronunciado las SSTS 754/2014, de 30 de diciembre y 514/2018, de 20 de septiembre; 655/2018, de 20 de noviem-

bre y 292/2019, de 23 de mayo. (STS de 10 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora había demandado a la entidad bancaria CB, S. A. (después absorbida por BBVA, S. A.) solicitando la declaración de nulidad absoluta de la operación consistente en diversas órdenes de compra de participaciones preferentes y deuda subordinada. Subsidiariamente solicitó la anulabilidad por error en el consentimiento y, en último término, de no acogerse dichas causas, que se declarara la responsabilidad contractual de la demandada por incumplimiento de los deberes de información, con fundamento en el artículo 1101 CC, y se le condenase en todo caso al abono de 81.558 €, de los que habría que restar la cantidad correspondiente a los beneficios líquidos abonados por la demandada a la actora, así como la cantidad obtenida por la venta de acciones al FGD y los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la inversión; debiendo liquidarse la cuantía concreta en periodo de ejecución de sentencia. La parte contraria se opuso y, entre otras cosas, alegó que los intereses legales a pagar debían computarse, en su caso, desde la interposición de la demanda y no desde la suscripción del contrato como pretendía la actora. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y accedió a que se abonasen, entre otros conceptos, los intereses legales desde la fecha de suscripción del acuerdo, que se incrementarían en dos puntos desde la sentencia por aplicación del artículo 576 LEC. La Audiencia Provincial de Gerona desestimó el recurso de apelación de la entidad bancaria y confirmó la sentencia de instancia, aduciendo que el interés legal concedido desde la inversión realizada no se fundamenta en el artículo 1109 CC, es decir, no se concede el interés legal de la indemnización concedida, sino que el interés legal se integra dentro de ésta y, por tanto, es también indemnización de daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y determinó que los intereses legales a abonar debían computarse desde la interposición de la demanda. (*L. A. G. D.*)

12. Deberes del procurador: Falta de presentación del recurso ante la Audiencia: Daños materiales y morales: Desistimiento.—El desistimiento es un acto procesal del actor, por mor del cual abandona el concreto proceso promovido que queda imprejuizado; por lo que no afecta al objeto del proceso, sino al procedimiento como vehículo de sustanciación de una pretensión. Por ello el demandante puede volver a promoverlo o no, y si lo hace con plena libertad en su configuración fáctica y jurídica. Conlleva a que el demandado quede sometido a la amenaza del ejercicio ulterior de la acción, por lo que se exige su concurso y, eventualmente, una resolución que así lo acuerde, como en este caso aconteció. El recurso debe ser estimado al aplicarse incorrectamente el artículo 400 LEC. La estimación de este motivo determina que el Tribunal entre a analizar la procedencia de la indemnización por daño moral.

La sentencia de la Audiencia Provincial en modo alguno incurrió en los defectos de exhaustividad y congruencia (art. 218.1 LEC), y tampoco respecto a los daños morales, ratificando el criterio del Juzgado (art. 400 LEC), apreciando cosa juzgada, excepción de ser susceptible de estimarse de oficio. Por último, la parte recurrente no sufrió indefensión.

El recurso de casación se construye sobre una causa única, al amparo del núm. 2 del artículo 477.2.3.º LEC por infracción del artículo 1101 CC y violación de la doctrina jurisprudencial (SSTS 11 de noviembre de 1997 y 18 de junio de 2004). La Sala no ve inconveniente en admitir este recurso de casación por daño moral que se reiteró en ambas instancias, que plantea el problema jurídico de si la parte actora tiene derecho a ser resarcida por daño moral en el caso de ejercicio de una acción judicial de naturaleza patrimonial, y cuyo recurso de apelación se vio frustrado por conducta imputable al demandado, pero en cualquier caso se consideró improsperable por la sentencia de la Audiencia Provincial en conclusión no cuestionada en casación. Tampoco se discute la conducta negligente del Procurador demandado, al no haberse personado ante la Audiencia Provincial, provocando que el recurso se declarase desierto, cosa distinta si concurre el daño como presupuesto del deber de indemnizar.

No ha lugar a daño moral indemnizable.—La jurisprudencia de esta Sala ha venido matizando y superando la línea jurisprudencial que consideraba que la pérdida de oportunidad por frustración de acciones judiciales constituía, en cualquier caso, un daño moral indemnizable, mediante la prudencial fijación de una suma de dinero al tanto alzado, como consecuencia de si la privación tenía o no contenido económico y el grado de probabilidad injustamente sufrida del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE. La más reciente jurisprudencia valora si la acción frustrada tuviera o no contenido económico y el grado de probabilidad de que la misma prosperase. (STS 50/2020, del 22 enero). Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental determina que el daño deba calificarse como patrimonial si la acción frustrada, como en el caso enjuiciado, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. Es, por ello, que ningún daño moral cabe indemnizar al demandante por tal causa (**STS de 17 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Don Aquilino formuló demanda contra don Bernardo y solidariamente contra la aseguradora CASER, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina. La demanda se basó en el contrato de prestación de servicios y mandato, prestando el actor sus servicios como Procurador. El Sr. Bernardo incurrió en negligencia profesional al dejar transcurrir el término del emplazamiento para personarse en la Audiencia Provincial en el recurso de apelación que había sido interpuesto por la dirección letrada, lo que determinó su declaración de desierta. Previamente el demandante, por los mismos hechos, presentó una demanda contra los demandados, tramitada en el Juzgado Primera Instancia núm. 4 de Talavera de la Reina. En virtud de la transacción el Juzgado Primera Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina dictó auto de archivo. Promovido el proceso correspondiente, el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina, desestimó la demanda. En esta segunda demanda se acumulan los daños

materiales y morales, habiendo precluido los últimos conforme al artículo 400 LEC. La SAP de Toledo (sección 2.ª) de 11 de mayo de 2017 confirmó la del Juzgado. (G. G. C.)

13. Excepcionalidad del retracto de crédito litigioso e inaplicabilidad del artículo 1535 CC al supuesto de una venta en globo o por precio alzado realizada en el marco de una reestructuración financiera.—La Sala Primera otorga al artículo 1535 CC el carácter de norma excepcional, debido a los orígenes históricos del llamado «retracto anastasio» cuyo objeto era desincentivar la especulación ejercida por quienes adquirirían créditos a bajo precio, para reclamarlos después a los deudores. A juicio del Tribunal Supremo, el retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, como derechos que se adquieren en virtud de una obligación (arts. 1112 y 1526 CC). Por eso, requiere de una interpretación estricta; máxime cuando la posibilidad de su ejercicio se plantea en un contexto jurídico-económico derivado de la reciente crisis económica y financiera (2008-2016). Ese contexto propició, en España, un marco regulatorio favorecedor de las reestructuraciones y del reforzamiento del sistema financiero del país, con especial incidencia sobre la situación de las cajas de ahorro (Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria; Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro); y es en esta realidad en la que se han de situar las cesiones de carteras o conjuntos de créditos por parte de las entidades financieras a terceras entidades (no tanto en la realidad que pudo inspirar el sentido de una norma como la del art. 1535 CC). Por todo ello, la Sala Primera considera que no se aplica el retracto de crédito litigioso a un supuesto de venta de una cartera de créditos sin precio individualizado —sino que se transmite como un todo, bien por un precio alzado, bien en globo; precio que se determina en atención al conjunto y no a la suma de los valores de los créditos que conforman la cartera—, cuyo objeto es el saneamiento de los balances de la entidad cedente al transmitir créditos en situación de impago o con deudores inmersos en concurso. (**STS de 5 de octubre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El litigio parte de la transmisión de una cartera de créditos («contrato de compraventa de cartera de créditos») efectuada por Bankia a favor de Gescobro el 3 de noviembre de 2016. En el contrato de transmisión se indicaba que la cartera de créditos estaba integrada por un conjunto de derechos de crédito frente a personas físicas y pequeñas y medianas empresas, estando algunos de esos créditos en proceso judicial, y algunos de los deudores declarados en concurso; por tanto —se decía—, los créditos eran de dudoso cobro, por carecer la mayoría de ellos de garantía real. Entre esos créditos figuraba un préstamo con garantía personal concedido a D. Inocencio, el 27 de diciembre de 2010. En su condición de deudor cedido, D. Inocencio interpuso demanda contra Bankia y Gescobro, en la que solicitaba que se declarase su derecho a extinguir dicho crédito con motivo de su cesión onerosa. De este modo, reembolsaría al cesionario, Gescobro, el precio-valor por el que se produjo la transmisión de su crédito, junto con las costas ocasiona-

das y los intereses del precio desde el día en que se satisfizo. La demanda se basaba en el retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC, toda vez que, en el momento de interponer la demanda, se encontraba pendiente de resolución un recurso de apelación frente al auto de ejecución de ese crédito, de fecha 31 de marzo de 2015.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. La razón principal descansaba en que se había transmitido en bloque un conjunto de créditos y que la pretensión de Inocencio se refería a los supuestos de cesión de un crédito singular; se reproducía de este modo la doctrina de la Sala Primera en STS núm. 165/2015, de 1 de abril.

Inocencio recurrió la sentencia en apelación, siendo desestimado su recurso, con el mismo argumento: se cedían créditos en globo, sin precio individualizado, sino con uno alzado, que se determina en atención al conjunto y no a la suma de valores de los créditos integrantes de la cartera; ello sin que además se pudiese determinar –a juicio de la Audiencia– el valor individual de cada crédito a prorrata.

Frente a esta sentencia, D. Inocencio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación. (A. I. R. A.)

14. Arrendamiento de vivienda posterior a la LAU de 1964 y anterior al 9 de mayo de 1985. Repercusión de obras impuestas por la Administración.—En contratos de arrendamiento posteriores a 1964, puesto que se pudo pactar la renta y su cláusula de actualización, conforme permitía el artículo 97 de la LAU de 1964, los arrendadores no se han visto compelidos a la congelación de las rentas por lo que no era necesario un apoyo específico de estabilización, ya que podían calcular los gastos previsibles a la hora de fijar la renta y su reajuste. Sin embargo, en el presente litigio surge una particularidad, cual es la situación concurrente cuando las obras no son simplemente las necesarias para la adecuación, sino que son las impuestas por la Administración. Para este supuesto establece la DT 2.^a de la LAU de 1994, en el apartado C) 10.3, que las obras serán repercutibles en el caso del artículo 108 de la LAU de 1964, que no concurre, «o» cuando son impuestas por resolución administrativa firme, que es el caso. Por tanto, sí son repercutibles al arrendatario las obras impuestas por la Administración, si bien ejecutadas a través de Convenio, en los contratos de arrendamientos de viviendas posteriores a la LAU de 1964 y anteriores al 9 de mayo de 1985. (STS de 30 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Los demandantes, tres arrendatarios, formulan demanda en la que solicitan que se declare que el aumento de la renta por repercusión de obras que desde marzo de 2009 hasta el 31 de mayo de 2016 ha venido reclamando el arrendador es nulo de pleno derecho pues el artículo 108 LAU de 1964 no se aplica a los contratos de arrendamientos de viviendas celebrados durante la vigencia de esta Ley. Se solicita también que se declare nulo el abono de las cantidades que indebidamente se repercuten por este concepto desde el mes de junio de 2016 durante la tramitación del

procedimiento hasta que recaiga resolución judicial firme. En consecuencia, reclaman el reintegro de las cantidades que han abonado hasta el 31 de mayo de 2016. El demandado mantiene que cabe una excepción, y es el supuesto que se da en este caso, ya que cabe la repercusión de las obras en aquellos supuestos que hayan sido impuestas por la Administración.

Las obras fueron promovidas parcialmente por el Ayuntamiento, y los inquilinos han aceptado tácitamente la repercusión desde que les fue notificada la misma.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda en atención a la doctrina de los actos propios, pues los demandantes no manifestaron oposición alguna en ningún momento desde que fueron informados en febrero de 2009, y han venido satisfaciendo puntualmente y sin protesta durante más de siete años los importes mensuales computados por tal concepto.

Los demandantes formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y, en consecuencia, declara la nulidad de pleno derecho de las repercusiones giradas contra dos de los arrendatarios, y condena al demandado a restituir las cantidades por la repercusión de obras indebidamente satisfechas. Absuelve al demandado de las pretensiones formuladas por el tercer arrendatario. La sentencia recurrida sostiene que la cuestión estriba en determinar si los contratos de los demandantes se concertaron al amparo de la Ley 1964 lo que hace inviable la repercusión practicada, que es la tesis de los demandantes, o por el contrario se trata de contratos anteriores en los que sí cabe el mecanismo legal de la repercusión de las obras del artículo 108 LAU de 1964. La Audiencia concluye que los contratos de dos de los arrendatarios sí se concertaron después del 1 de enero de 1965. No sucede lo mismo con el contrato del tercer arrendatario.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el demandado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal y el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

15. Extinción del arrendamiento de negocio por jubilación del arrendatario.—La DT 3.^a LAU establece que la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento, independientemente de que aquél continúe al frente de la actividad empresarial o comercial realizada en el local comercial. La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas, a excepción de la denominada jubilación flexible, que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas. Bajo la situación creada por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, hay que entender, a contrario, que, cuando se prolonga legalmente la actividad, no se da la causa de extinción del arrendamiento, pues dicha extinción imposibilitaría en la práctica la prolongación de esa actividad, algo que permite la norma señalada en los casos de jubilación gradual y flexible. De nada le serviría al arrendatario acceder a una jubilación parcial si ello le va a suponer la

extinción del contrato de arrendamiento sobre el local en que se ejerce esa actividad. (STS de 13 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad BA formuló demanda contra S, solicitando que se declarara extinguido el contrato de arrendamiento de local de negocio que vinculaba a las partes, por jubilación de la arrendataria. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la desestimación de la demanda porque consideró que quien accede a la modalidad de jubilación activa es considerado jubilado a todos los efectos (art. 3 RD-ley 5/2013) y, al ser de carácter voluntario esta modalidad de jubilación, supondría dejar a la decisión del arrendatario autónomo la aplicación de la causa de extinción.

Frente a dicha sentencia, la demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción del RD-ley citado. La parte recurrida señaló que dicha norma viene a integrar el concepto de «jubilación» a que se refiere la DT 3.ª LAU, como decisiva para la extinción de un grupo de contratos de arrendamiento de local de negocio, entre los que se encuentra el celebrado entre las partes. El Tribunal Supremo estima el recurso al entender que no tendría sentido que el arrendatario accediera a una jubilación parcial si eso implica la extinción del contrato de arrendamiento del local donde está ejerciendo su actividad.

NOTA.—Sobre el alcance de la DT 3.ª LAU, *vid.* también la STS de 6 de marzo de 2018 y también otras dos sentencias anteriores a la entrada en vigor del RD-ley 5/2013, de 8 de junio de 2011 y de 21 de enero de 2013. (S. L. M.)

16. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial.—Independientemente de que estos adquirentes sean o no profesionales (SSTS 582/2017, de 26 de octubre, 33/2018, de 24 de enero, y 161/2018, de 21 de marzo, entre otras).

El pacto estrictamente privado entre compradora y promotora-vendedora por el que se acuerde entre ambas la aplicación de la Ley 57/1968, no vincula a un banco que tiene concertada con la promotora-vendedora una póliza colectiva de aval para la promoción de que se trate.—En tal sentido, la jurisprudencia sobre la efectividad de las pólizas colectivas se funda en la protección que la Ley 57/1968 dispensa a los compradores incluidos en su ámbito, no a los profesionales del sector inmobiliario ni a los particulares que compran para invertir, pues de otra forma no se comprendería por qué el artículo 7 de dicha ley declare irrenunciables los derechos de los compradores. De ahí que sea conforme a derecho limitar la responsabilidad de la avalista a las cantidades avaladas hasta el límite indicado en los respectivos avales individuales y excluir su responsabilidad en cuanto al resto de los anticipos hechos por el comprador a la promotora-vendedora por encima de

dicho límite (**STS de 3 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El comprador de cinco viviendas en construcción pertenecientes a la misma promoción, después de haber resuelto judicialmente los contratos de compraventa por incumplimiento de la promotora-vendedora y haber obtenido del banco avalista la devolución de las cantidades anticipadas hasta el límite máximo que figuraba en los certificados individuales del aval, reclamó al banco avalista el pago del resto de los anticipos, incluyendo los intereses legales del total de lo anticipado, al considerar que gozaba del amparo de la Ley 57/1968 al haberse pactado expresamente entre compradora y vendedora su aplicación, de modo que el avalista no podría oponer los límites cuantitativos del aval.

El juzgado desestimó la demanda al considerar probado que el comprador no era un consumidor, lo que impedía aplicarle la Ley 57/1968. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora.

NOTA.—La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, derogó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2015). (*I. D.—L.*)

17. Determinación de los agentes de la edificación de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: legitimación pasiva del gestor de proyectos (*Project Manager*). Legitimación activa del autopromotor, aún propietario de la obra. Enriquecimiento injusto: inexistencia.—El autopromotor, aunque no puede considerarse tercer adquirente de lo edificado, es el beneficiario directo de la obra por lo que se encuentra legitimado activamente para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 17 de la LOE contra los agentes de la edificación que considere responsables de los defectos constructivos. El autopromotor, en tanto propietario de la obra y del solar, no responde solidariamente con los demás agentes de la edificación. Tampoco responde su mandatario al no intervenir autónomamente en el proceso constructivo, sino por cuenta de aquél, con identidad de objetivos y sin extralimitación en el mandato, por lo que el promotor no está obligado a demandarlo.

El gestor de proyectos o «*Project Manager*» no constituye una figura reglada, por lo que se carece de un concepto legal, lo que exige acudir en cada caso al contrato de «*project management*» para determinar sus competencias. No obstante, en la práctica suelen ser las de asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de los agentes de la edificación, la participación en el estudio de viabilidad y la vigilancia del proceso constructivo. El gestor de proyectos no puede asimilarse a la figura del promotor con el argumento de que el art. 17.4 LOE extiende la responsabilidad del promotor a los que actúen como gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios con una intervención decisoria en la promoción, porque la función del gestor, aun siendo decisoria, se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta. A través de esta figura, el promo-

tor pretende sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto a la toma de decisiones o contratación y control o vigilancia de la obra, por lo que el gestor de proyectos se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa de la obra. El gestor de proyectos es un agente de la edificación puesto que el artículo 8 LOE define como tales a todas las personas que intervienen en el proceso de la edificación. Así pues, resultará responsable en virtud del artículo 17 LOE, en la medida en que los defectos constructivos le sean imputables, atendidas las funciones que se le han encomendado contractualmente.

El enriquecimiento injusto se aplica en defecto de ley y de costumbre, y exige la concurrencia de un elemento económico, (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo causal entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa) (STS 261/2015, de 13 de enero). **(STS de 15 de octubre de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una entidad propietaria de un solar suscribió, a través de un mandatario, un contrato de gestión de proyectos con un «Project Manager» para la construcción de una vivienda unifamiliar. En virtud de tal contrato, el gestor de proyectos se comprometió a la dirección técnica de las obras, del proyecto, el asesoramiento en la contratación de la dirección facultativa, subcontratistas, y a prestar soporte técnico, jurídico y fiscal, realizar gestiones con proveedores y obtener licencias. Además, el «Project manager» (no los arquitectos) era quien verificaba las certificaciones de obra emitidas por la constructora. A cambio de estas funciones percibía el 15% del importe de tales certificaciones. La propietaria del solar contrató con los técnicos y constructora propuestos por el gestor de proyectos. Una vez transcurrido el plazo de ejecución pactado, la propietaria interpuso demanda contra el gestor de proyectos, la constructora, el arquitecto superior y el arquitecto técnico. Reclamó el coste de reparación de múltiples defectos constructivos que se consideraban imputables a la mala ejecución de las obras y a su falta de supervisión, así como excesos de facturación por parte de la constructora. Además, solicitó que se condenase al gestor de proyectos al pago del 15% cobrado sobre tales importes. La demanda se fundamentó en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los demandados e infracción de la LOE. La constructora alegó que en la obra habían participado decenas de empresas, que había subsanado defectos sin coste, y formuló reconvencción en reclamación de cantidad. El arquitecto técnico y el arquitecto superior opusieron su falta de legitimación pasiva por haber asumido el gestor de proyectos las funciones de la dirección facultativa. Por el gestor de proyectos se alegó falta de legitimación pasiva al negar su condición de agente de la edificación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente absolviendo al arquitecto superior por tratarse de defectos de acabado y no ser responsable de la gestión económica de la obra asumida por el «Project Manager»; condenó a la constructora y al gestor de proyectos a abonar, respectivamente, los excesos de certificación y porcentaje cobrado sobre ellos. Asimismo, condenó

a la constructora, al gestor de proyectos y al arquitecto técnico a indemnizar en forma solidaria el coste de reparación de los defectos constructivos. Argumenta la sentencia que la actora, además de ser la promotora de la edificación, es su propietaria, y se limitó a contratar con los intervinientes en el proceso constructivo a propuesta del gestor de proyectos. Éste fue considerado responsable del buen resultado de la obra en virtud del contrato celebrado, ya que entre sus funciones se encontraba el asesoramiento y supervisión de la contratación de técnicos y constructora. El arquitecto técnico y el gestor de proyectos interpusieron sendos recursos de casación. En el primero de ellos, como único motivo, se denuncia infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto al considerar que el promotor no había desembolsado la totalidad del precio de la obra, con lo que si percibía la indemnización concedida por excesos de facturación resultaría un enriquecimiento injusto. Tal motivo fue desestimado por no existir empobrecimiento del arquitecto técnico, quien percibió todos sus honorarios, y porque el acreedor del promotor era la constructora a quien se había concedido la cantidad reclamada en reconvención. El recurso del gestor de proyectos se articuló en dos motivos. En el primero alegó infracción del artículo 17 en relación con los artículos 8 y 9, LOE, al no apreciar la sentencia recurrida la responsabilidad solidaria del promotor, no estar legitimado pasivamente al ser sus obligaciones de medios, no de resultado, por lo que debía acreditarse su falta de diligencia en el asesoramiento técnico, que no en la ejecución de la obra que deben llevar a cabo el resto de los agentes. En el segundo motivo esgrimió infracción de los mismos preceptos y del art. 1709 CC, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 CC, y del artículo 1259 CC, con fundamento en que su relación jurídica se estableció con el mandatario de la promotora y no con ésta, por lo que carecía de legitimación pasiva, y la sentencia no había declarado la responsabilidad del mandatario del promotor que contrató con la recurrente. El Tribunal Supremo desestima los recursos.

NOTA.—Esta sentencia, como señala expresamente, analiza la responsabilidad del «Project Manager» en el marco jurídico de la Ley de Ordenación de la Edificación, sin entrar en las acciones contractuales que pudieran corresponder a la demandante, quien en segunda instancia fundó sus pretensiones exclusivamente en dicha ley. La figura del «Project Manager» no se encuentra regulada por la LOE, por lo que se discute su legitimación pasiva. La generalidad de los autores coincide en que los legitimados pasivamente no son exclusivamente los agentes de la edificación mencionados en el art. 17 LOE, sino todos, incluso los no relacionados en los arts. 8 y ss. Se acude a la fórmula general del art. 17.1 LOE, que habla de «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación» [vid. CORDERO LOBATO, E. (2007), en *Régimen jurídico de la edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, pp. 384-385; ESTRUCH ESTRUCH, J. (2011), *Las Responsabilidades en la construcción. Régimenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, pp. 708-709; CADARSO PALAU, J. (2008), *El sistema de responsabilidad civil en la construcción, en Cuestiones prácticas sobre la aplicación del*

art. 1.591 CC y la LOE de 1999, (dir. A. Merino Gutiérrez), Madrid, pp. 50-51, quien se refiere a la legitimación pasiva del gestor de proyectos, y para más referencias SANTANA NAVARRO, F. (2018), *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, pp. 179-182].

La sentencia extractada señala que no es acertado equiparar esta figura a la del promotor porque su intervención se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta. Sin embargo, estimo que, al menos en el caso resuelto, se asimilaron al observar que se atribuyó responsabilidad al gestor de proyectos con el mismo criterio de imputación predicable del promotor. Desde la STS de 11 de octubre de 1974, el promotor responde, no como un mero vendedor, sino con fundamento en el control que ejerce sobre la obra, al asumir funciones de coordinación de las operaciones propias del proceso constructivo que le hacen responsable de lo ejecutado por el resto de los agentes. Del artículo 9.1 LOE también se extrae que su nota definitoria es tal intervención decisoria en la edificación, por lo que resulta irrelevante la existencia o no de ánimo de lucro (Santana Navarro (2018), pp. 182-188). Aprecio que, en el fondo, la sentencia imputa la responsabilidad al gestor de proyectos como un garante del buen hacer del resto de agentes, a modo de promotor, al señalar que gozaba de un poder decisorio delegado por él y participaba de sus funciones.

Dicho lo cual, si la vivienda se hubiera transmitido respondería el gestor de proyectos y además el promotor, porque de lo contrario se prestaría aquella figura a un vaciamiento de la responsabilidad de éste, con el consiguiente perjuicio a los terceros adquirentes. Por el contrario, en la sentencia extractada, al no haberse enajenado el inmueble, resulta clara la legitimación activa del promotor (no pasiva) de conformidad con el artículo 17.1 LOE que concede acción a los propietarios del edificio o partes en que se divida. (F. S. N.)

18. La categorización entre mandato general o especial (artículo 1712 CC) debe ser distinguida de aquella entre mandato general o expreso (artículo 1713 CC). Suficiencia del poder de representación. Uso abusivo del poder.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina recogida en su sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2019. La distinción entre mandato general y mandato especial efectuada en el artículo 1712 CC no equivale a la distinción entre mandato general y mandato expreso prevista en el artículo 1713 del mismo cuerpo legal. La primera se refiere al «ámbito de los asuntos o intereses del principal», identificándose un mandato que comprende la totalidad de los negocios del mandante, y otro que solo afecta a uno o varios negocios determinados. Por su parte, el artículo 1713 CC incide en la naturaleza de los actos, de modo que un mandato general faculta únicamente para llevar a cabo actos de administración, mientras que un mandato expreso es requerido para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Asimismo, la concesión de un poder de representación genérico, sin una suficiente especificación de las facultades conferidas, y en el que no conste de manera inequívoca la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, hace que el apoderado se vea limitado a los actos de administración. Sin

embargo, si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de «riguroso dominio» no es necesario que se especifiquen también los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. Finalmente, la validez y suficiencia de un poder no conlleva necesariamente la validez y eficacia del negocio celebrado en representación, pues puede haberse llevado a cabo un uso abusivo de aquel.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto.—Entre las facultades conferidas en el poder se encontraba la de hipotecar, no siendo precisa la especificación del bien que podía hipotecarse. En consecuencia, no puede apreciarse que haya insuficiencia del poder. Tampoco se ha producido un exceso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas atendiendo a la finalidad perseguida por el otorgamiento del poder. No puede concluirse que dicha finalidad era la mera administración o la gestión de genéricos trámites burocráticos, a la vista de la amplitud de las facultades atribuidas en el poder en cuestión. Ciertamente, la financiación obtenida se dirige a satisfacer las necesidades de tesorería del hijo y a refinanciar un crédito suscrito con anterioridad, pero esto no permite deducir ni una extralimitación ni un ejercicio incorrecto de las facultades. La hipoteca cuya validez se impugna fue concertada para garantizar un crédito que, en su mayor parte, se destinó a amortizar un préstamo concertado tres meses antes con otra entidad; con el fin de cancelar una hipoteca que gravaba la misma finca y cuya validez no se cuestionó en la demanda —solo tras la argumentación de la sentencia de apelación, y ya en el recurso de casación, la recurrente señala que el poder fue utilizado indebidamente también para constituir la primera hipoteca— (STS de 28 de septiembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una persona hace uso del poder conferido por sus padres, e hipoteca una finca perteneciente a estos para garantizar la financiación que él necesita para sus negocios. La demandante interpone una demanda en la que solicita la declaración de nulidad de la hipoteca constituida sobre su vivienda, siendo demandada la entidad financiera que concedió el crédito garantizado. Para justificar su pretensión alegaba la insuficiencia del poder, por no haber sido especificados los bienes sobre los que se autorizaba para establecer gravámenes. Asimismo, argumentaba que el poder no autorizaba la autocontratación, ni, de manera concreta, la hipoteca de bienes pertenecientes a los progenitores con el fin de garantizar un crédito personal del apoderado. La finalidad con la que se otorgó el poder era, se decía, únicamente la gestión de los bienes de los progenitores en interés de aquellos, mientras que el gravamen había sido establecido en interés exclusivo del apoderado porque, aun cuando el crédito hipotecario fue concedido a los tres, solo él había dispuesto de la cantidad prestada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante y apelante.

NOTA.—La STS de 27 de noviembre de 2019 a la que se ha hecho referencia fue recogida en el fascículo III del año 2020 del ADC (pp. 1303-1304). (R. P. C.)

19. Comunidad de bienes. Distinción comunidad y sociedad. Doctrina jurisprudencial.—Si bien resulta a veces dificultoso diferenciar entre comunidad de bienes y el contrato de sociedad, la jurisprudencia de esta Sala ha ido precisando las características que distinguen una y otra figura, ya que si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad (STS 797/1993, de 24 de julio). En este sentido, se suele contemplar la sociedad como una situación dinámica, que ordena su explotación con arreglo a una organización económica de sus medios (empresa), y con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para repartirlas entre sus partícipes. Por el contrario, la comunidad ordenaría su explotación, de forma estática, con arreglo a la mera utilización y aprovechamiento consorcial de los bienes, conforme a su función productiva y a la finalidad de conservación o mantenimiento de los mismos (STS 471/2012, de 17 de julio).

Aplicación de las normas de la comunidad de bienes a la sociedad irregular. Aplicación preferente de lo convenido contractualmente por los interesados.—El párrafo segundo del artículo 1669 CC dispone que las sociedades civiles internas «se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Ahora bien, las palabras iniciales del artículo 392 CC («A falta de contratos»), muestran que, de las prescripciones sobre la comunidad de bienes, sólo son directamente aplicables a las sociedades internas aquellas normas que estructuran la titularidad sobre el patrimonio o fondo común; y que las relaciones entre los socios/comuneros se regirán, en principio, por las normas del contrato de sociedad (STS 93/2016, de 19 de febrero).

La comunidad funcional. Significado. Características.—La Comunidad de Usuarios demandante es de las llamadas comunidades funcionales que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, con estructura, organización, pactos sociales, representación y fines propios. Se trata de una comunidad de bienes —de las también denominadas doctrinalmente como «dinámicas» o «empresariales»— que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de huertos solares realizada por cada una de las sociedades mercantiles integradas en la comunidad (que para serlo necesariamente han de ostentar la titularidad de uno de los huertos solares que forman en su conjunto una explotación unitaria); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 LGT); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 ET); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso.

Naturaleza jurídica de la comunidad funcional. Carácter societario de la figura.—De los propios estatutos de la denominada Comunidad de Usuarios, que figuran en escritura pública, no parece que el ente así constituido pueda ser calificado como una comunidad de bienes, porque no se destina

a la mera administración estática de unos bienes, sino a la explotación de un negocio de generación de energía solar (STS 93/2016, de 19 de febrero). En el caso, los propietarios se asocian para compartir un mismo terreno con las infraestructuras necesarias para la producción de energía solar. Es decir, varias instalaciones de distintos titulares comparten un mismo recinto, infraestructuras y servicios adicionales. También comparten los gastos de la instalación. Y su objetivo es producir energía eléctrica a pequeña escala para venderla a la red eléctrica y obtener un beneficio. Además, en este caso, no parece que la finalidad sea la mera generación eléctrica para autoconsumo, cuando los integrantes de la comunidad no son personas físicas, sino sociedades limitadas. En los estatutos de la agrupación (que se define como comunidad de usuarios) se dice expresamente que su finalidad es la explotación de los distintos huertos solares. Y cuando se especifican las facultades de su administrador único (denominación del cargo que, por sí misma, es expresiva), todas las que se le confieren son de carácter claramente negocial. También se dice que los comuneros son responsables solidariamente de las deudas comunes. Y acaban los estatutos con una mención a que, en lo no previsto en ellos, la comunidad se rige por «la regulación que el vigente Código Civil dedica a este tipo societario (sic)».

A la vista de todo ello, una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil (la explotación en común de unos huertos solares), y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el artículo 6 LEC. (STS de 16 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil IM, S. A. había promovido la construcción de una planta solar fotovoltaica integrada por 127 huertos solares independientes y una serie de elementos y servicios comunes a todas ellas. Procedió a la constitución de 127 sociedades cuyo único activo era precisamente la propiedad de cada uno de los huertos. A continuación, constituyó la comunidad de usuarios A. S., integrada por todas y cada una de las sociedades propietarias, luego de lo cual fue transmitiendo la titularidad de cada sociedad en particular, a excepción de 37 que siguieron perteneciendo a IM, S. A. La comunidad se constituyó para regular de manera eficaz el funcionamiento y conservación de las infraestructuras comunes necesarias para la evacuación de la energía generada por los huertos solares. Tiempo después la comunidad de usuarios A. S., autorizada por su junta general, planteó a través de su administrador, a quien estaban encomendadas las facultades de gestión y representación, en juicio y fuera de él, una demanda para que se declarase que la promotora-vendedora IM, S. A. era responsable de los vicios constructivos y defectos de puesta en funcionamiento de la planta solar, reclamándole el importe de diversas reparaciones y adaptaciones

llevadas a cabo o por realizar. La parte contraria se opuso alegando la falta de legitimación activa de la actora por no tener personalidad jurídica para ello. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al abono de un importe superior a 1.300.000 €. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó íntegramente la demanda, al considerar que, por tratarse de una comunidad de bienes, carecía de personalidad jurídica para demandar ya que, aunque se pudiera considerar la comunidad de usuarios como una sociedad irregular, lo que ampararía que se le reconociera capacidad para ser demandada en juicio (art. 6.º2 CC), ello no justificaría su actuación como parte demandante. Concluyendo que, al actuar la comunidad por medio de su administrador, en el que no concurre la condición de comunero, no puede considerarse que posea la capacidad para ser parte. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—En esta importante sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo plantea algunas cuestiones verdaderamente interesantes, si bien quedan sin despejar algunas dudas que suscita la situación analizada. El primer problema que aborda es el de la distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad pues, aunque en la teoría pueda parecer que tienen unos perfiles claramente diferenciados, lo cierto es que en la práctica las fronteras entre una y otra se difuminan con frecuencia, siendo complicado muchas veces establecer una clara separación entre ambas instituciones. En este caso, el Alto Tribunal sigue el criterio del carácter dinámico (sociedad) o estático (comunidad) del patrimonio común o colectivo, según que el objetivo primordial sea la obtención de un lucro partible, en el caso de la sociedad, o simplemente el aprovechamiento y conservación de los bienes comunes, en el supuesto de la comunidad. Así viene estableciéndose en los últimos decenios, como puede observarse en las SSTS 1161/1993, de 2 de diciembre; 975/1995, de 13 de noviembre; o las más recientes SSTS 471/2012, de 17 de julio y 93/2016, de 19 de febrero. Se consolida, de esta manera, una doctrina que hace prevalecer el criterio de la actividad sobre el de la voluntad de los interesados (*cf.* Paz-Ares, C. *Comentario del Código civil Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1992, pp. 1370-ss; Albaladejo García, M. *La distinción entre comunidad y sociedad*, AC, 3, 1995, pp. 669-ss; Miquel González, J. M. *Comunidad y Sociedad*, AAMN, 53, 2013, pp. 351-ss).

El otro tema igualmente importante es el tratamiento de la denominada «comunidad funcional», entendida como una agrupación, bajo la forma comunitaria, en la que se desarrollan actividades empresariales con fines de lucro. Se trata de una figura de amplio predicamento práctico, a través de la cual se persigue una mejor gestión y explotación económica de determinados bienes accesorios de otros principales, destinados a facilitar la utilización y aprovechamiento de estos últimos. Este modelo de comunidad, de contornos ciertamente difusos, ha sido estudiada con detenimiento en el ámbito inmobiliario (*cf.* por todos Godoy Domínguez, L. A. *La comunidad funcional*, ADC, 54-1, 2002, pp. 163-ss). Entre sus características, además de las señaladas en la sentencia comentada

(origen convencional, vinculación funcional a una actividad económica y organización estable), deben resaltarse también su naturaleza accesoria y dependiente siempre de otros bienes a cuyo servicio se encuentra (v. Azpitarte Camy, R. *Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal*, RDN, 36, 1979, p. 222) y, por ende, su indivisibilidad (Pelayo Horé, S. *La indivisión perpetua en el Código civil*, RDP, 305, 1942, pp. 460-ss.; Núñez Iglesias, A. *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, p. 89; y Pérez Pérez, E. *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995, pp. 201-ss.). En el ámbito inmobiliario ha sido frecuente el recurso a esta modalidad para la configuración de comunidades de plantas destinadas a garajes y/o trasteros, con base en el art. 68 RH (Resoluciones DGRN de 26 de junio de 2018 y de 19 de julio de 2019).

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, sin embargo, se aborda una situación a la que se denomina «comunidad funcional», pero de la que el propio Tribunal niega que sea una comunidad de bienes, con lo que se aparta de la configuración doctrinal habitual, que sostiene el carácter comunitario de esta figura. En el caso de autos, el Alto Tribunal entiende que se trata de una sociedad irregular, con lo que ya sobraría entonces denominarla «comunidad funcional», aun cuando esta última posee aspectos propios del modelo societario (cfr. Redondo Trigo, F. *Condominio versus Sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes*, RCDI, 731, 2012, p. 1739-ss). A primera vista parece que, frente al argumento de la Audiencia Provincial, la opción por el carácter societario parece la única manera de posibilitar que la comunidad de usuarios pueda intervenir en juicio como demandante a través de su administrador, que no tiene la cualidad de comunero. Sin embargo, la calificación como sociedad, debería excluir que se hablase de comunidad funcional so pena de la desnaturalización de la figura. (L. A. G. D.)

20. Cláusula de imputación de todos los gastos generados por el préstamo hipotecario. Efectos de la abusividad.—Conforme a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. De tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debe entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados.

Gastos de notaría.—En cuanto a los gastos de notaría, como la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la

obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. De acuerdo con esta doctrina, los gastos notariales generados por el otorgamiento de las dos escrituras de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad.

Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.—En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad actos jurídicos documentados que grava los documentos notariales. De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del impuesto de actos jurídicos documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

Gastos de gestoría.—Respecto de los gastos de gestoría, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. (STS de 26 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una persona consumidora concertó con una misma entidad de crédito dos contratos de préstamo hipotecario, el 28 de junio de 2005 y el 11 de junio de 2006, respectivamente. Las cláusulas quinta y cuarta de sendos contratos atribuían al prestatario el pago los siguientes gastos: «b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificaciones o cancelaciones de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago; c) Impuestos de esta operación; d) Gastos de gestión por la tramitación de la escri-

tura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto».

El prestatario interpuso demanda contra la entidad, en la que pedía la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 28 de junio de 2005 y la cláusula cuarta de la escritura de préstamo hipotecario de 11 de mayo de 2006, que atribuían al prestatario el pago de aquellos gastos. La nulidad se fundaba en la consideración de abusivas de las reseñadas cláusulas. La sentencia de primera instancia apreció la nulidad de las cláusulas y condenó a la entidad a la devolución al prestatario de todas las cantidades abonadas en aplicación de dichas cláusulas, más los intereses devengados por dichas cantidades.

Apelada la sentencia por la entidad, la Audiencia estima el recurso. La sentencia de apelación considera que las dos cláusulas cuestionadas han sido predispuestas por el banco y constituyen condiciones generales de la contratación, y su valoración como abusiva lo será en la medida en la que se haga recaer en el consumidor gastos que por su naturaleza no debería afrontar. Luego pasa a analizar cada uno de los gastos discutidos y concluye que son de cuenta del prestatario: 1.º los aranceles notariales dimanantes del otorgamiento de las dos escrituras, con excepción de los que deriven del libramiento de la primera copia o demás copias expedidas a petición del prestamista; 2.º el abono del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivados del otorgamiento de esas escrituras; y 3.º la mitad de los gastos de gestión por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto. Revoca respecto de estos extremos la sentencia de primera instancia, y mantiene respecto de todo lo demás la declaración de nulidad.

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

21. Nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.—No se discute la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que se incluyó en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, sino solamente la nulidad o validez del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el inmueble hipotecado. Antes de postular la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, la parte ha podido y debido promover la correspondiente oposición en el propio proceso de ejecución, a través de las posibilidades legales habilitadas para ello, que abrieron la oportunidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas, incluso con el trámite de oposición ya precluido (desde la DT 4.ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hasta la DT 3.ª de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario). En consecuencia, resulta improcedente plantear la nulidad de un procedimiento de ejecución por la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, cuando en el mencionado proceso de ejecución hubo reiteradas posibilidades de plantear oposición por esa misma causa. Puesto que el artículo 698 LEC, al regular el juicio declarativo posterior a la ejecución, se refiere a las reclamaciones del deudor que no se hallen comprendidas en los artículos anteriores (en este caso, el art.

695.1.4.º LEC). (STS de 22 de octubre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 9 de octubre de 2003, tres personas consumidoras concertaron con una entidad financiera un préstamo hipotecario que gravaba un inmueble. Entre otras, figuraba en el contrato una cláusula que permitía la resolución anticipada del contrato por impago de una sola cuota. Ante el impago de los prestatarios, la entidad prestamista dio por vencido el préstamo e interpuso una demanda de ejecución hipotecaria, en cuyo procedimiento constan los siguientes hitos temporales: Se dictó auto de ejecución el 17 de marzo de 2011. La subasta tuvo lugar el 29 de septiembre de 2011. Los hoy demandantes solicitaron la nulidad del procedimiento el 8 de junio de 2011, lo que fue denegado por auto de 16 de noviembre de 2011. El 5 de enero de 2012 se dictó decreto de adjudicación del inmueble al ejecutante. El 21 de marzo de 2013 se denegó el lanzamiento. No consta que posteriormente se haya puesto en posesión del inmueble al adquirente. Tras la reforma de la LEC de 2013 los ahora demandantes no ejercitaron pretensión alguna en los plazos legalmente previstos.

A finales de 2014, los prestatarios interpusieron una demanda de juicio declarativo contra la entidad prestamista, en la que solicitaron, en lo que aquí interesa, la nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la condena a unos gastos indebidamente cobrados. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la devolución de los gastos reclamados, desestimando la pretensión de nulidad del proceso de ejecución hipotecaria, por considerar que los prestatarios pudieron hacer valer sus pretensiones en el seno de dicho procedimiento y no lo efectuaron.

Recurrida en apelación la sentencia por la entidad e impugnada por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó la impugnación y estimó en parte el recurso de apelación, con el resultado de dejar sin efecto la condena a la devolución de los referidos gastos, por considerar que no había quedado probado su pago. Los demandantes formularon recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

22. Contrato de seguro. Perjudicado demanda a la Administración y no a la aseguradora en vía contencioso-administrativa: efectos.—Si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el artículo 20 LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso administrativa (9.4 II LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de

buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del artículo 20 LCS.

Perjudicado demanda a la Administración y no a la aseguradora en vía contencioso-administrativa: ausencia de mora.—Elegida la vía contencioso-administrativa, sin interpelación de la aseguradora, la cual queda pendiente de la resolución dictada en dicha vía jurisdiccional, para fijar, en su caso, la cuestionada responsabilidad de la administración y la cuantía de la misma, una vez establecidas éstas, proceder a satisfacer su importe, sin que incurra en mora hasta ese momento. **(STS de 17 de septiembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de don P. interpuso demanda contra la entidad aseguradora Z. I. PLC, sucursal en España, en su condición de aseguradora del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, en la que solicitaba se dictara sentencia condenando a la entidad demandada al pago de determinada cantidad de dinero por una mala praxis médica de la que fue declarada responsable la administración sanitaria, en sentencia contencioso-administrativa, más el interés legal de la citada cantidad desde la presentación de la demanda. La representación de la demandada contestó a la demanda solicitando su desestimación y condena en costas a la parte actora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Barcelona estimó la demanda al considerar que el actor instó junto con su esposa reclamación administrativa, que fue desestimada por silencio, promoviendo posteriormente recurso contencioso-administrativo contra el Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, a cuya actuación imputaban los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor y por ambos progenitores. Se razonó que el actor no tenía obligación alguna de demandar a Z. I. PLC, sucursal en España, en sede contencioso-administrativa. La sentencia de instancia declaró probado que se pagó la indemnización objeto de condena con los intereses legales; no obstante, se consideró que, desde que conoció la compañía de seguros la existencia del siniestro y correlativa reclamación a la administración asegurada, también sabía que quedaba expuesta, por incumplimiento de su obligación de satisfacer puntualmente el siniestro, a que se ejercitara contra ella una acción de condena al pago de los intereses del artículo 20 LCS, sin que, por otra parte, concurriera causa justificada para liberarse del abono de los mismos. Por todo lo cual, se estimó la demanda con imposición de costas. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Z. I. PLC, sucursal en España, la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia, desestimando la demanda interpuesta por la entidad actora, al considerar que al tiempo del caso contemplado en dicha resolución, la aseguradora no podía ser demandada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, además que, en aquel caso, a la fecha de interposición de la demanda, no se había cobrado la indemnización, por ello se reclamaba tanto el pago del principal como de los intereses del art. 20 LCS; a diferencia de lo que acontecía, en el caso litigioso, en el que, no sólo se había realizado la consignación de la indemnización, sino que además la parte actora había percibi-

do su importe, antes de la interposición de la demanda, y no solo el principal, sino también de los intereses legales ordinarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

23. Seguro. Indemnización por incapacidad temporal. Concepto de «día de baja impeditivo».—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que debe interpretarse que el concepto de «día de baja impeditivo», empleado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, incluye todos los días de baja laboral, incluso cuando se hubiera dejado de precisar muletas con anterioridad al alta. (STS de 7 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El demandante, perjudicado en un accidente de tráfico, reclamaba frente a la aseguradora del vehículo causante del accidente, una indemnización por daños personales que abarcara 520 días de incapacidad temporal (11 días de hospitalización y el resto, 509 días, como días impeditivos —contados desde la fecha del accidente hasta la conclusión de la baja laboral—). No obstante, las sentencias de instancia y apelación limitaron esta indemnización a 479 días impeditivos, considerando que estos finalizaron cuando el lesionado dejó de necesitar muletas según un informe de urgencias, pese a continuar en situación de baja laboral, bajo la supervisión del Equipo de Valoración de Incapacidad de la Seguridad Social (en adelante, «EVI»).

Por su parte, el Tribunal Supremo recordó que, de conformidad con la tabla V, nota 13, de la Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, «se entenderá por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual». En consecuencia, el Tribunal Supremo declaró que la no utilización de bastones no es determinante ni significa que el perjudicado pudiera desarrollar su actividad habitual, de suerte que debían computarse los días impeditivos desde el accidente hasta la obtención del alta laboral, para lo que tomó en consideración el hecho de que el EVI, como entidad pública, controlara el proceso de curación en evitación de bajas prolongadas. (A. A. O.)

24. Seguro. Responsabilidad civil. Validez de la cláusula *claim made*.—En criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cláusula «claim made» es plenamente eficaz en los seguros de responsabilidad civil concertados por los servicios públicos de salud, pese no cumplir los requisitos de incorporación propios de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, puesto que no constituyen contratos de adhesión. Así las cosas, resulta responsable de la cobertura del siniestro solo una de las —sucesivas— entidades aseguradoras, sin que los perjudicados puedan pretender una doble cobertura del daño, a modo de un inexistente coaseguro. (STS de 20 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores demandaron a las sucesivas compañías aseguradoras del Servicio Murciano de Salud, en ejercicio de la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, «LCS»), instando la indemnización de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la muerte de su hijo en el parto, a causa de una mala praxis médica. La compañía W. R. Berkley sostuvo su falta de legitimación pasiva, ya que no era aseguradora del Servicio Murciano de Salud, en la fecha de la reclamación del daño, pese a serlo en el momento del fallecimiento. Mapfre opuso, por su parte, que en la fecha en la que ocurrieron los hechos, no había suscrito el contrato de seguro (pese a que sí estuviera vigente la póliza en la fecha de reclamación). Ambos condicionados limitaban su cobertura respecto a siniestros reclamados durante su vigencia, mediante sendas cláusulas «claim made», previstas en el artículo 73 LCS.

La sentencia de instancia condenó exclusivamente a Mapfre, comprendiendo que W. R. Berkley no cubría el siniestro de conformidad con la cláusula «claim made». Por el contrario, la sentencia de apelación declaró responsables a ambas compañías, destacando que la cláusula «claim made» del condicionado de W. R. Berkley no constaba resaltada ni firmada expresamente por el tomador, como exige el art. 3 LCS, de suerte que no resultaba oponible a los perjudicados.

Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por W. R. Berkley bajo la consideración de que la cláusula era oponible, incluso cuando no se cumplieran los requisitos de incorporación del art. 3 LCS, habida cuenta que el contrato de seguro suscrito por el Servicio Murciano de Salud no constituye un contrato de adhesión, sino que fue negociado «en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional». Por lo tanto, el Alto Tribunal rechazó que W. R. Berkley ostentara legitimación pasiva, negando así que los actores tuvieran acción directa contra dicha compañía. En consecuencia, declaró la responsabilidad exclusiva de Mapfre y matizó que «[l]os demandantes no pueden pretender una doble cobertura del daño, a modo de un inexistente coaseguro, al margen de las relaciones contractuales existentes entre tomadora responsable y aseguradoras». (A. A. O.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Modificación de medida relativa al uso de la vivienda familiar: extinción del derecho de uso atribuido a los hijos y al progenitor custodio al perder la vivienda el carácter familiar por la entrada de un tercero.—

El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos y al progenitor custodio se vincula a la conservación de tal carácter familiar, a que continúe residiendo en ella la familia que ha convivido como tal, con una vocación de permanencia (STS 726/2013, de 19 de noviembre). Dicho carácter familiar desaparece cuando un tercero entra a residir en la vivienda, porque en tal caso empieza a servir a una familia diferente. La extinción del derecho de uso no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia,

pero no resulta posible mantenerlos en el uso de un inmueble que dejó de constituir el domicilio familiar y, con ello, de servir a los fines que determinaron su atribución. El interés del menor no puede desvincularse de forma absoluta del de sus padres, cuando resulta posible conciliarlos. En este sentido, extinguido el derecho de uso, los progenitores deben actuar en beneficio de los menores y, en el caso de que el inmueble sea ganancial, el que ostente la custodia podrá seguir ocupándola si adquiere la mitad, o comprar otra si se produce su enajenación (STS, de Pleno, 641/2018, de 20 de noviembre). Lo anterior constituyen pautas para que la situación a que da lugar la extinción del uso no perjudique a los hijos menores de edad. Con esta finalidad debe permitirse a los menores y al progenitor permanecer en la vivienda el tiempo prudencial de un año para que se acomoden a la nueva situación y puedan ordenarla (STS 568/2019, de 29 de octubre). **(STS de 23 de septiembre de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El demandante instó la modificación de medidas judiciales acordadas en sentencia de divorcio que aprobó un convenio regulador por el cual se atribuyó el derecho de uso de la vivienda familiar a la progenitora demandada y a sus tres hijos menores de edad. La demanda se fundamentó en una modificación sustancial de las circunstancias existentes al tiempo de aquella sentencia, dado que solo uno de los tres hijos era menor de edad y la demandada había contraído nuevo matrimonio conviviendo con su pareja en el domicilio familiar. Por ello, se solicitó la inmediata extinción de dicho uso, subsidiariamente en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y si no la atribución a cada progenitor de un uso alternativo por dos años hasta aquella liquidación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que la convivencia de la progenitora con su nuevo esposo no justifica la extinción del uso que se atribuye, conforme al art. 96 CC, al progenitor custodio y, por ello, responde al interés superior del menor. El actor interpuso recurso de apelación que sería desestimado por la Audiencia Provincial al valorar que el matrimonio de la demandada, por existir aún un menor de edad, no es suficiente para acordar la extinción del uso. El actor interpuso recurso de casación por aplicación indebida del art. 96.1 CC y por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS, de Pleno, 641/2018, de 20 de noviembre. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación por lo que declara extinguido el derecho de uso, pero lo prolonga durante el plazo máximo de un año para no poner en riesgo el interés del hijo menor.

NOTA.—Esta sentencia aborda uno de los problemas más conflictivos de las crisis matrimoniales, que no permite una solución intermedia: o el progenitor custodio y los niños se buscan otra casa y se van con el recién llegado, o se quedan en ella [Yzquierdo Tolsada, M. (2018), «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018). La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 10, p. 168]. La sentencia comentada da continuidad a la doctrina fijada por la STS, de Pleno, de 20 de noviembre de 2018. La solución al conflicto resulta justa, pero no

existen argumentos legales, puesto que el artículo 96 CC (a diferencia del artículo 101 CC en materia de pensión compensatoria) no contempla la extinción analizada (Yzquierdo Tolsada, pp. 172-173). En otro sentido, se argumenta que el interés del menor exige que tenga cubiertas sus necesidades habitacionales, pero no es preciso que sea a través del uso de la vivienda familiar, y podría aumentarse la pensión alimenticia con cargo al progenitor que recupera el uso de la vivienda (Ordás Alonso, M., *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza*, Diario La Ley, 8 de enero de 2019). En cualquier caso, resulta plausible que la extinción del uso no sea automática y se conceda un tiempo prudencial, no superior a un año, para que no se ponga en riesgo el interés superior del menor y se puedan cubrir de forma adecuada sus nuevas necesidades habitacionales. El artículo 96 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sigue sin dar una solución a esta cuestión. El precepto contempla que, en defecto de acuerdo, el uso se atribuirá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge custodio, hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad, salvo situaciones de discapacidad que hicieren conveniente su extensión a criterio judicial. Además, el precepto equipara los hijos que al tiempo de la crisis matrimonial se encontraran en situación de discapacidad a los menores de edad. Distintas legislaciones forales sí prevén la extinción del uso por nuevo matrimonio o convivencia marital del progenitor custodio. Tal es el caso del artículo 233-24 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, y el artículo 12, apartado 11, letra d), de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de la Comunidad Autónoma del País Vasco. (F. S. N.)

26. Duración de la pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta función una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC.

Estos factores listados en el artículo 97 CC cumplen un doble cometido: por un lado, cumplen con el cometido de actuar como elementos integrantes del desequilibrio; y, por otro, una vez determinada la concurrencia de tal desequilibrio, cumplen también con el cometido de actuar como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión, dado que ayudan a valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto o alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción como consecuencia de la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

Pero, a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella, el juicio prospec-

tivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, no cual en nada tiene que ver con lo que se denomina futurismo o adivinación. El plazo de duración de la pensión compensatoria habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio derivada de la separación o divorcio.

Todo ello resulta sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidencien una mayor potencialidad económica del beneficiario de la pensión compensatoria. (STS de 22 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Cristóbal interpone demanda de divorcio contra Alicia. La demanda es parcialmente estimada. Queda fijada una pensión compensatoria en favor de Alicia durante 2 años.

Alicia formula recurso de apelación. Su recurso es parcialmente estimado, de modo que la duración de la pensión compensatoria queda fijada en 3 años.

Alicia interpone recurso de casación, que es parcialmente estimado. De tal modo, en atención a su edad actual (56 años), su edad en el momento de contraer matrimonio (27 años), la duración del matrimonio (24 años), su discapacidad (del 37%), su dedicación a la familia (que posibilitó el desarrollo profesional del esposo), su actual estado depresivo, su bajo nivel de formación académica (graduado escolar) y los ingresos actuales y futuros del esposo (unos 3.000 € mensuales, como subinspector del Cuerpo de Policía Nacional), se fija una duración indefinida de la pensión compensatoria, dadas las escasas posibilidades que tiene de reinserción en el mercado laboral. (T. R. C.)

27. Interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 CC.—La regla sobre compensación contenida en el artículo 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada.

En la realidad social actual (art. 3.1 CC), parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

Por tanto, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Sin embargo, si no consta que el cónyuge que colabora en la actividad profesional del otro trabaje con más intensidad para la casa, manteniendo intacto su desarrollo profesional y con un sueldo similar al que podría obte-

ner por el mismo trabajo en otro lugar, no cabe interpretar que trabajó prioritariamente en las tareas del hogar. En consecuencia, en estos casos no procede la aplicación del artículo 1438 CC. (**STS de 29 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Juana y Juan, casados en régimen de separación de bienes, son farmacéuticos, y trabajan en distintas farmacias hasta que Juana adquiere una farmacia. A partir de este momento, ambos cónyuges comienzan a trabajar en dicha farmacia adquirida, la esposa en calidad de empresaria y el esposo como asalariado.

Juana interpone demanda de divorcio contra Juan. Juan contesta a la demanda e interpone demanda reconvenzional, en la que solicita el reconocimiento de la compensación prevista en el artículo 1438 CC, con base en el incremento patrimonial de Juana durante el matrimonio.

La demanda es estimada parcialmente. La demanda reconvenzional es desestimada, al considerar que las partes habían suscrito en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, en virtud del cual cada uno de los cónyuges hacía suyos sus propios ingresos, frutos y rentas de sus bienes y trabajo.

Juan interpone recurso de apelación. El recurso es parcialmente estimado, en el sentido de establecer en favor de Juan una compensación económica con cargo a la esposa, al considerarse de aplicación el artículo 1438 CC. De tal modo, se hace equivalente el «trabajo para la casa» con el «trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente».

Juana interpone recurso de casación. El recurso es estimado, al entender el Tribunal Supremo que, si bien «trabajo para la casa» equivale a «trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente», Juan cobró un salario acorde al salario medio de mercado de dicho puesto y que no consta que trabajara para la casa con mayor intensidad que Juana. (*T. R. C.*)

28. Impugnación de filiación no matrimonial determinada mediante sentencia firme. Interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: caducidad de la acción de impugnación de filiación no matrimonial sin posesión de estado.—La reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se inspiró en los principios de igualdad, libre investigación de la paternidad y veracidad biológica (arts. 10, 14 y 39 CE) con la finalidad de permitir la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Para poner fin a situaciones jurídicas provocadas por el sistema anterior, que no permitía tales pruebas, se incorporó a dicha ley la disposición transitoria sexta de acuerdo con la cual «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». Tal disposición no fue derogada de forma expresa ni tácita por el art. 764.2 LEC, que ordena la inadmisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra también establecida

por sentencia firme. Ello obedece a que este precepto contempla las sentencias dictadas en el marco de la Constitución Española y de la legislación que la desarrolla. Por tanto, no resulta aplicable a los supuestos en que la sentencia firme sea anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/1981. La disposición transitoria sexta de esta ley requiere que se ejercite de nuevo la misma acción que fue desestimada por no poder apoyarse en pruebas biológicas. Sin embargo, cabe su aplicación analógica a aquellos casos en que se impugne una filiación determinada mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior y el actor pretenda la valoración de pruebas biológicas, sólo admitidas en el sistema actual, dado que esta posibilidad es la que inspira la reforma legal. Ahora bien, esta acción no es imprescriptible porque trata de revisar con pruebas nuevas una filiación determinada judicialmente, a la que no cabe atribuir una fortaleza menor que a la manifestada a través de la posesión de estado, para cuya impugnación el art. 140 CC, párrafo segundo, establece un plazo de caducidad de cuatro años que, por ello, se considera de aplicación analógica. Dicho plazo debe computarse desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981 que permitió solicitar la práctica de pruebas biológicas. Este razonamiento se adecua a la jurisprudencia constitucional al no resultar de aplicación la STC 8/2001, de 28 de febrero, que estimó un recurso de amparo formulado ante sentencias de instancia que habían inadmitido a trámite la demanda, en aplicación del artículo 764.2 LEC, sin fundamentar por qué aplicaron este precepto y no la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. Además, las exigencias del principio de la veracidad biológica deben coexistir con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, por lo que es posible introducir límites temporales para el ejercicio de las acciones de filiación (SSTS 494/2016, de 15 de julio, 457/2018, de 18 de julio y 522/2019, de 8 de octubre, que se refieren a SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero). Por último, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ponderarse el derecho del padre a saber la verdad biológica y el derecho del hijo a conservar su filiación, así como el interés público por la protección de la seguridad jurídica, de manera que de acuerdo con las circunstancias del caso puede no resultar arbitrario otorgar mayor peso al interés del hijo (STEDH, sec. 1.ª, caso B. contra Polonia, de 21 de mayo de 2018). **(STJ de 7 de septiembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La sentencia resuelve la impugnación de una filiación extramatrimonial determinada por sentencia penal firme dictada en 1968, que condenó a un varón por un delito de estupro a reconocer a la hija y mantenerla por considerar probado que tenía una relación de noviazgo con una vecina con quien mantuvo relaciones sexuales a consecuencia de las cuales nació una niña en 1964. En 2017 el padre impugnó tal filiación de acuerdo con el párrafo primero del art. 140 CC y la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. Alegó la falta de cosa juzgada, que no mantuvo relaciones con su vecina ni concurre posesión de estado al haber residido en Alemania desde 1964 a 1993, por lo que solicitó la práctica de prueba biológica que no fue posible en el procedimiento penal. La madre e hija demandadas oponen la excepción de cosa juzgada, alegaron que todo el pueblo conocía que el actor era el

padre, y la última se negó a someterse a la prueba de ADN. El Juzgado de Primera Instancia denegó la práctica de esta prueba y desestimó la demanda por la existencia de cosa juzgada de acuerdo con el artículo 1252 CC, vigente en la época en que la filiación fue determinada; apreció la caducidad de la acción reconocida en la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 pues, aunque se entendiera que no había posesión de estado, el plazo máximo aplicable sería el de caducidad de cuatro años. La Audiencia desestimó el recurso de apelación al dudar sobre la imprescriptibilidad de la acción prevista en el apartado primero del art. 140 CC para el caso de inexistencia de posesión de estado, así como de la misma falta de posesión de estado. También se fundamentó en que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 exige el ejercicio de la misma acción, lo que considera que no concurre al haberse ejercitado una acción de impugnación de una filiación declarada por sentencia. El demandante interpuso recursos por infracción procesal y de casación. Este último se articula en tres motivos en los que cuestiona que la acción de impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado se encuentre sujeta a plazo; alega la falta de posesión de estado al haberse determinado la filiación en un procedimiento penal en contra de su voluntad, e infracción por inaplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

NOTA.—Esta sentencia fue objeto de un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En él se sostiene que la acción nacida de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 no se encuentra sujeta a un plazo específico porque el legislador no quiso hacerlo y le hubiera sido muy sencillo establecerlo en ella. En cambio, dejó su determinación a la regulación del Código Civil que modificó, concretamente a su artículo 140 CC, cuyo primer párrafo no establece plazo de ejercicio para la acción de impugnación de la filiación no matrimonial cuando no concurre posesión de estado; mientras que sí lo hace al tratar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en el mismo supuesto de falta de posesión de estado (artículo 133 CC) y también para la impugnación cuando existe posesión de estado (artículo 140 CC, párrafo segundo). Añade el voto particular que la imprescriptibilidad de la acción ejercitada en el caso resuelto ha sido reconocida por la STS 240/2015, de 12 de mayo. Efectivamente, en dicho pronunciamiento no se declaró caducada la acción de impugnación de filiación no matrimonial sin posesión de estado que se considera imprescriptible (artículo 140 CC). Se había ejercitado por el padre cinco años después de haber conocido el nacimiento, que tuvo lugar durante una prolongada separación de hecho por lo que decaía la presunción de paternidad (artículo 116 CC) y no resultaba aplicable el plazo previsto en el artículo 136 CC para la impugnación de las filiaciones matrimoniales. Sobre el carácter imprescriptible de la acción prevista en el párrafo primero del artículo 140 CC, *vid.*, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991), «Comentario al artículo 140 CC», *Comentario del Código Civil*, (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P.

Salvador Coderch), I, Madrid, p. 519, y LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019), *Principios de Derecho Civil*, VI, Madrid, p. 305, para quienes resulta decisivo que el resto párrafos sí fijen plazo. Concluye el voto particular que el parecer mayoritario de la Sala equipara en cierto modo la filiación no matrimonial sin posesión de estado con aquella en que sí concurre tal condición, y utiliza indebidamente la analogía para extender al primer párrafo del artículo 140 CC un plazo de caducidad que el legislador sólo quiso establecer para el supuesto de su segundo párrafo, lo que podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). (F. S. N.)

DERECHO MERCANTIL

29. Protección del dibujo o modelo comunitario.—El artículo 10 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios, establece que la protección otorgada por esta figura jurídica se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta, debiéndose tener en cuenta el grado de libertad del autor al desarrollar ese dibujo o modelo. Ese Reglamento no contiene una definición de «usuario informado». El TJUE ha señalado que debe entenderse como aquel usuario que presenta un grado de conocimiento medio, derivado de su experiencia personal o de su saber sobre el sector de que se trate. Conforme a esta definición, el usuario informado, a efectos de valorar la concurrencia del requisito de singularidad del diseño, está vinculado a un sector industrial concreto. Además, mientras no se trate de productos sofisticados de sectores muy especiales, sino de diseños de productos de consumo generalizados, dirigidos a amplios sectores de consumidores y usuarios, el juez o tribunal está en condiciones de comprobar personalmente el carácter singular del diseño, desde la perspectiva del usuario informado.

Desde ese punto de vista, para que haya singularidad, deben identificarse rasgos perfectamente apreciables en el uso propio de los productos a los que se aplica el modelo registrado, que no provoquen en el usuario informado la misma impresión general que la apariencia de ese producto. Los elementos más relevantes del diseño derivados de la impresión general del usuario informado han de ser tomados en consideración al realizar el juicio comparativo y han de tener su reflejo en la motivación de la sentencia. El grado de libertad del autor de un dibujo o modelo se configura por los imperativos vinculados a las características impuestas por la función técnica del producto o de un elemento del producto, o incluso de las prescripciones legales aplicables al mismo. Tales imperativos llevan a una normalización de determinadas características, que entonces pasan a ser comunes a diversos dibujos o modelos aplicados al producto de que se trate. (STS de 16 de octubre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Electrodomésticos J es licenciataria exclusiva de un diseño comunitario registrado, referente a una plancha para asar, del que es titular P2000. Electrodomésticos T es fabricante y

comercializador de una plancha para asar. J formuló demanda contra T en la que solicitó que se declarase que: 1) los actos de fabricación, comercialización o uso de la plancha elaborada por la demandada infringen los derechos de exclusividad de la demandante, derivados del diseño comunitario registrado; 2) con la incorporación al mencionado modelo de la lámina protectora que reproduce las características esenciales de la lámina protectora de la plancha del diseño registrado, la demandada ha cometido actos de competencia desleal por confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, que han causado daños y perjuicios. Solicitó que se declarase la infracción, que se condenara a la demandada a cesar en los actos infractores, a que retirase los productos y a que indemnizara a la demandante.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que: 1) el diseño registrado no presentaba ninguna característica innovadora, ni tenía ninguna singularidad destacada; 2) entre el diseño registrado y el modelo de la demandada se apreciaban pequeñas diferencias de presentación; 3) en todo caso, se trataba de un producto con un grado de libertad de creación por parte de su autor muy limitado; 4) no existía infracción del modelo registrado; 5) tampoco existían los actos de competencia desleal invocados, puesto que ni ha existido aprovechamiento indebido de la reputación de la demandada ni confusión.

J interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, en funciones de Tribunal Español de Marcas de la Unión Europea (TMUE). Entendió que: a) hay infracción de un modelo o dibujo registrado cuando el modelo confrontado produce la misma impresión general, en función de la naturaleza del productor y el sector industrial al que pertenece; b) la impresión general es idéntica, por lo que hay infracción. En consecuencia, el TMUE dio lugar a la acción declarativa, la de cesación y la retirada del producto infractor, pero no a la indemnización de daños y perjuicios.

La demandada interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del artículo 10 del Reglamento (CE) 6/2002. Considera que el TMUE ha prescindido totalmente de la impresión general que los diseños confrontados producen en los usuarios informados. El tribunal no puede ser el usuario informado al que se refiere la norma, de manera que la impresión general que requiere el precepto no es la del órgano judicial. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, considerando que, aunque hay elementos comunes a todas las planchas de asar, necesarios para su funcionamiento (ej.: la superficie metálica, la fuente de calor y los soportes), hay otras muchas variantes que pueden otorgar singularidad a los distintos diseños. Existen planchas con distintas dimensiones, formas geométricas, con o sin asas, con o sin patas, con o sin recogedor de grasas, con o sin tapaderos, entre otros. Sobre esa base, el Alto Tribunal aprecia que existen importantísimas coincidencias entre los modelos confrontados, que contribuyen a esa impresión general. Por tanto, la impresión general confirma la coincidencia que da lugar a la infracción del derecho de exclusiva.

NOTA.—Sobre el concepto de usuario informado en la apreciación de la singularidad del diseño industrial, *vid.* las SSTs de 5 de mayo de 2017 y de 25 de febrero de 2016. También el TJUE se ha pronunciado al respecto en sendas sentencias de 18 de octubre de 2012 y de 20 de octubre de 2011. (*S. L. M.*)

30. Conceptos incluibles a efectos de determinar la indemnización por clientela al término de un contrato de agencia en el que la remuneración se determina unitariamente.—Cuando se establecen una diversidad de servicios a prestar por el agente, no pueden tomarse en consideración —para el cálculo de la indemnización por clientela— únicamente las comisiones, fijas o porcentuales. Antes bien, la noción «remuneración» incluye la totalidad de las cantidades percibidas por el agente por el desempeño de su actividad (art. 28.3 LCA). En este sentido, si el modelo de retribución del agente es «unitario», como contraprestación a una multiplicidad de tareas a realizar por este, el comitente no puede fraccionar a conveniencia, después, esa misma retribución para «abaratar» la indemnización por clientela, en detrimento del agente. (**STS de 14 de octubre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Entre 1996 y 2012, la empresa L mantuvo, como agente, una relación de agencia con Vodafone España S. A. U. Esta relación incluía un servicio postventa. Vodafone dio por resuelto unilateralmente el contrato por incumplimiento del agente respecto de su obligación de captación de clientes. Este hecho propició que L demandase a Vodafone, interesando que se declarase nula la cláusula del contrato que limitaba la indemnización por clientela, que se condenase a Vodafone a indemnizarle lo que consideraba por dicha clientela, y que se le abonasen unas comisiones pendientes.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró injustificada la resolución unilateral, y condenó a Vodafone al pago de 20.000 € en concepto de comisiones y 262.232,80 € como indemnización por clientela. Sin embargo, excluyó las ayudas por servicio post venta de la retribución concedida, moderando la indemnización en un 20%. A su juicio, el solo prestigio de Vodafone era un elemento más que determinante de la captación de clientela.

Tanto Vodafone como L recurrieron la sentencia en apelación. La Audiencia estimó el recurso de Vodafone, modificando la sentencia de primera instancia en el único sentido de eliminar la mención a que las cantidades a cuyo pago estaba condenada Vodafone devengarán el IVA. Frente a esta sentencia recurrió L en casación. (*A. I. R. A.*)

31. Transporte aéreo internacional de carga. Convenio de Montreal. Distinción entre transporte aéreo con cláusula de sustituibilidad y transporte combinado.—Según el artículo 38 del Convenio de Montreal, relativo a un transporte combinado efectuado en parte por aire y en parte por cualquier otro medio de transporte, las disposiciones del Convenio se aplican

únicamente al transporte aéreo. Ahora bien, el precepto citado no se aplica siempre que el transporte se desarrolle por varios modos, sino que debe ser un verdadero contrato de transporte multimodal, o lo que es lo mismo, que en el contrato se prevea la utilización de al menos dos modos de transporte. Esto no sucede en el litigio. Lo contratado era un transporte aéreo, sin perjuicio de que se incluyese una —por otra parte habitual en el sector— «cláusula de sustituibilidad» que permitía al transportista aéreo efectuar el traslado de la mercancía por otros medios de transporte. Siendo así, el transporte por vía no aérea es una mera facultad solutoria, pero la prestación pactada es un transporte aéreo, lo que determina que el transportista queda sometido al régimen de cumplimiento y responsabilidad del Convenio de Montreal.

Transporte aéreo internacional de carga. Responsabilidad del transportista por pérdida de la carga. Interpretación de la expresión «durante el transporte aéreo» en el Convenio de Montreal.—La responsabilidad del transportista por pérdida de la carga, de conformidad con el artículo 18.1 del Convenio de Montreal, surge «por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo». El significado de este período de referencia aparece en el artículo 18.3, que dice que «comprende el período durante el cual la carga se haya bajo la custodia del transportista». Debe entenderse que dicho período comienza cuando el transportista toma las mercancías bajo su poder o control y finaliza cuando las entrega al destinatario, comprendiendo por tanto su almacenaje una vez la carga es depositada en tierra. En el litigio planteado, el destino de la carga era el Aeropuerto de Barajas, debiendo entregarse en los almacenes de la empresa demandada, lugar donde se produjo la pérdida. Por consiguiente, la pérdida de la mercancía tuvo lugar durante la ejecución del transporte aéreo y bajo la custodia del transportista.

Transporte aéreo internacional de carga. Convenio de Montreal. Concepto de «agente».—Los dependientes y agentes que causen un daño englobado en el Convenio de Montreal pueden ampararse en las condiciones y los límites de responsabilidad susceptibles de ser invocados por el transportista en virtud del Convenio, siempre que prueben que actuaban en el ejercicio de sus funciones (art. 30.1). El concepto de agente es objeto de una interpretación amplia y funcional, no vinculada a un contrato de agencia, sino al desarrollo de funciones accesorias pero esenciales para la completa ejecución del transporte. Las actividades instrumentales de descarga y almacenamiento están ligadas de manera esencial al transporte, con independencia de que las preste el transportista por sí mismo, a través de sus empleados, o a través de un tercero. Así las cosas, no existiendo un contrato de depósito con la empresa en cuyo almacén debía entregarse la mercancía, su deber de custodia se integra en la prestación del contrato de transporte. De todo ello resulta la aplicabilidad del artículo 30 del Convenio (**STS de 28 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una empresa compró a su matriz varias partidas de productos electrónicos, contratando su transporte desde Corea a España con una tercera empresa. Esta última, a su vez, contrató con una aerolínea el transporte de la mercancía sin declaración de valor, y con una cláusula de sustituibilidad. El transporte se hizo por vía aérea hasta Francia, y de ahí por carretera a España, llegando al almacén del aeropuerto donde debía ser entregada. Sin embargo, en

el momento de ir a recoger la mercancía en el almacén, se descubrió que había sido retirada por unos desconocidos mediante una nota de entrega falsificada.

Una compañía aseguradora abona al comprador de la mercancía la cantidad pactada en la póliza, y demanda a la empresa responsable del almacén en el que debía efectuarse la entrega, lugar donde tuvo lugar la pérdida. La empresa responsable del almacén no niega su responsabilidad, pero considera que la indemnización que le corresponde abonar debe limitarse a la suma prevista en el Convenio de Montreal por kilogramo de carga, al no haberse hecho una declaración especial de valor.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, basándose en que la demandada era una mera depositaria de los bienes que, no interviniendo en el transporte aéreo, no podía acogerse a las normas del Convenio de Montreal. La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, lo que conlleva la estimación parcial de la demanda y la condena a abonar a la actora la suma prevista en el Convenio por kilogramo de la carga. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la demandante en primera instancia. (R. P. C.)

32. Transporte multimodal internacional. Distinción con el «transporte superpuesto».—En el litigio se identifica un transporte multimodal internacional con una fase terrestre por carretera y una fase marítima en régimen de conocimiento de embarque. No se trata de un «transporte superpuesto», porque el vehículo que efectúa el transporte terrestre no es cargado en el vehículo que lleva a cabo la fase marítima; sino que el contenedor con la mercancía es cargado en primer lugar en un camión que hace el transporte terrestre internacional, y, posteriormente, en el barco que hace el transporte marítimo internacional.

Transporte multimodal internacional. Régimen aplicable. Sistema «de red».—En el marco de un transporte multimodal como el concurrente, el régimen de la responsabilidad del transitario y porteador contractual es el mismo que el aplicable al porteador efectivo causante del daño. A falta de una previsión legal o contractual que establezca otro criterio, la jurisprudencia ha considerado aplicable el denominado sistema «de red». Esto es, la responsabilidad por daños se rige por las normas aplicables a la fase en que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar. No obstante, este sistema tiene como uno de sus principales problemas los supuestos en los que se desconoce la fase concreta del transporte en la que se ha producido el hecho dañoso, como sucede en el litigio.

Transporte multimodal internacional. Prescripción.—Faltando una regulación legal o convencional del régimen de la responsabilidad por daños en un caso como el planteado, y, en concreto, del plazo de ejercicio de la acción, debe aplicarse el régimen menos gravoso para el cargador. Esto puede argumentarse, en primer lugar, con el criterio restrictivo con que deben ser interpretadas la prescripción y la caducidad, en tanto que instituciones no basadas en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. Y, en segundo lugar, advirtiendo que el porteador se encuentra en mejor disposición que el cargador

para determinar en qué fase del transporte tuvo lugar el evento dañoso, al haber asumido la obligación de trasladar la mercancía, custodiarla, y ponerla a disposición de la persona designada en el contrato. En este contexto, no puede perjudicar al cargador la falta de determinación de la fase en que se produjo aquel hecho. A la vista de lo anterior, debe aplicarse el régimen establecido en el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera, realizado en Ginebra el 19 de mayo de 1956 y modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978; cuyo artículo 32 establece un plazo de prescripción de un año, susceptible de una interrupción *sui generis* –al tratarse más bien de una suspensión–. Esta regla es más favorable para el cargador que la fijada en el artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, habida cuenta de que el plazo aquí es de caducidad, no admitiendo ni interrupción ni suspensión (**STS de 28 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.–Una empresa vendió a otra un cargamento de fruta, contratando los servicios de una tercera para proceder al transporte de la mercancía desde España a Brasil. Esta tercera empresa contrató en su propio nombre a otras dos, la primera para realizar un transporte por carretera entre España y un puerto portugués, y la segunda para llevar a cabo el transporte marítimo desde Portugal hasta Brasil. Cuando el cargamento fue entregado en destino se encontraba en mal estado, porque la temperatura en el contenedor había sido superior a la necesaria y establecida en el contrato entre la vendedora del cargamento y la transitaria. La protesta de avería fue realizada el 8 de octubre de 2013, formulándose reclamaciones frente a la transitaria el 30 de junio de 2014 y el 24 de junio de 2015, antes de la interposición de una demanda por parte de la aseguradora que había abonado la indemnización y se había subrogado en la posición del asegurado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que la prescripción había sido interrumpida por las reclamaciones de 30 de junio de 2014 y de 24 de junio de 2015. La demandada apeló la sentencia, pero su recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.–El Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de Mercancías, hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1980, no ha reunido el número de ratificaciones exigido para que entre en vigor, número que de conformidad con su artículo 36 asciende a treinta (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-E-1&chapter=11&clang=en). (R. P. C.)

33. Concurso de acreedores Insuficiencia de la masa activa para pagar créditos contra la masa: regla general.–La jurisprudencia sostiene que, una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del artículo 176 bis Ley Concursal (LC,) al margen de cuál sea su vencimiento, por lo que las reglas de

pago contenidas en el artículo 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago, esto es se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad. En consecuencia, todos los créditos contra la masa que estuvieran pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa, quedan sujetos a este orden de prelación de pago.

Insuficiencia de la masa activa para pagar créditos contra la masa: única salvedad.—El artículo 176 bis.2 LC prevé, como única salvedad al pago de los créditos contra la masa de acuerdo con el especial orden de prelación previsto en dicho precepto, los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Así, no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: alcance de la salvedad.—No cabe confundir, el ámbito de aplicación del orden de prelación del artículo 176 bis.2 LC, que afecta a todos los créditos contra la masa, tanto los anteriores como los posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, con el alcance de la salvedad de «los créditos necesarios para concluir la liquidación». Esta salvedad, responde a la lógica del tratamiento de los gastos imprescindibles para poder hacer realidad la liquidación y pago de los créditos contra la masa, que en cuanto estrictamente necesarios se satisfacen con la consideración de prededucibles.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: identificación.—A falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (artículo 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: regla propia de liquidación.—La salvedad de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación no forma parte del orden de prelación de créditos, no es una categoría en la que encajar créditos contra la masa anteriores. Es una regla propia de la liquidación, que atiende a los gastos necesarios o imprescindibles para que se pueda verificar la realización del activo y el pago a los acreedores por el referido orden de prelación. En la medida en que son imprescindibles para que, a partir del momento en que opere ese orden de prelación (la comunicación de insuficiencia de la masa activa), se pueda cumplir con ese pago ordenado, en esa medida son gastos que deben ser inmediatamente atendidos y por ello son créditos prededucibles.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: justificación.—El hecho de que la jurisprudencia haya admitido que, durante la fase de liquidación y antes de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa, la administración concursal pueda haber realizado actuaciones «estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago», que justificaran su remuneración como gastos prededucibles aunque hubiera otros créditos contra la masa de vencimiento anterior y pendientes de pago, no significa que el crédito surgido por esas actuaciones anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, si para entonces están pendientes

de pago, puedan encajar en la salvedad del párrafo segundo del artículo 176 bis.2 LC. Esta salvedad se refiere a los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos. (**STS de 15 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de R y A. M., SL, después de que se hubiera aprobado el plan de liquidación, la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa, para que a partir de entonces comenzara a operar el orden de prelación de pagos de créditos contra la masa previsto en la Ley concursal. En esa comunicación, la administración concursal solicitaba del juzgado que parte de los honorarios pendientes de pago por actuaciones anteriores imprescindibles para la liquidación fueran pagados como gastos prededucibles. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) impugnó esta pretensión, por entender que la referencia a «los créditos imprescindibles para concluir la liquidación», alcanza a los devengados con posterioridad a la comunicación. En consecuencia, solicitó que se declarara que los honorarios de la administración concursal pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa se incluyeran, a efectos de orden de pago, y sólo aquellos honorarios posteriores que fueran imprescindibles para concluir la liquidación podrían pagarse como créditos prededucibles. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia dictó sentencia estimando la impugnación de la AEAT y excluyó de los créditos prededucibles los honorarios de la administración concursal anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. de R y A. M., SL La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso por entender que la salvedad contenida en la LC que permite el pago como créditos prededucibles, alcanza a todos los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, ya sea anteriores o posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

34. Rasgos característicos del recurso de casación.—El recurso de casación no abre una tercera instancia ante la que formular las alegaciones que cada una de las partes estime procedentes en defensa de sus posiciones. Es un recurso extraordinario que tiene por finalidad unificar la interpretación de la norma sustantiva aplicable para la decisión de la controversia sometida a la decisión de los Tribunales. Esto requiere: 1) identificar clara y precisamente la norma, principio general del Derecho o jurisprudencia vulnerados por la sentencia recurrida; 2) razonar la existencia de la infracción denunciada. (**STS de 15 de octubre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 28 de agosto de 2012 se convocó un proceso electoral de la Junta Provincial de Alicante de la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC). El 11 de septiembre presentó E, Secretario General de la Junta, su candidatura. El 27 de septiembre, el Comité de Garantías dictó acuerdo proclamando como única candidatura para Alicante la de D, puesto que E no la había presentado en plazo y forma. E interpuso una demanda contra la AUGC y contra la Junta Directiva Nacional de dicha Asociación, en la que solicitaron, entre otros extremos, que se declarara que su candidatura había sido presentada en tiempo y forma y que la proclamación y toma de posesión de la Junta Directiva Provincial de Alicante por parte de la otra candidatura, encabezada por D, es nula de pleno derecho. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda.

El actor apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Explicó ésta que la razón última de la inadmisión de la candidatura encabezada por E no fue el hecho de haberse presentado ante la oficina de la Junta Directiva Provincial de Alicante, sino la falta de remisión en plazo de dicha candidatura al Comité de Garantías que, conforme a la normativa interna, era preceptiva. Pero la candidatura de los actores se presentó en tiempo y forma en la delegación provincial de Alicante, que comunicó tal presentación a la oficina nacional. La obligación de dar cuenta al Comité de Garantías no corresponde la candidatura, sino a la organización electoral ante la que se presenta tal candidatura. Es cierto que los dos miembros de la candidatura eran miembros de la Junta Directiva Provincial de Alicante, uno como Secretario de Organización y otro como Secretario General, pero debe deslindarse la candidatura en la que iban integrados de la actuación de tales señores como integrantes de la Junta Directiva Provincial y dejar al margen la responsabilidad en que, como integrantes de tal junta, pudieran haber incurrido. En todo caso, debería haberse concedido a la candidatura de los demandantes la posibilidad de subsanar el supuesto defecto.

La AUGC interpuso un recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 22 CE, y 31 y 16 de los Estatutos de la Asociación, y punto 5 del Reglamento de Régimen Interno. Señaló que uno de los elementos esenciales del derecho de asociación del artículo 22 CE es el respeto al principio de legalidad interna asociativa, concretada no sólo en las leyes que las regulan, sino también en sus estatutos y demás normas internas. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que las normas estatutarias invocadas han sido correctamente aplicadas por la Audiencia Provincial. Según el Alto Tribunal, lo que ha determinado la estimación de la demanda ha sido que, partiendo de las anteriores premisas, la Audiencia Provincial ha distinguido entre la actuación de los actores en cuanto que integrantes, junto con otras personas, de la candidatura, que cumplieron los requisitos de la convocatoria electoral, pues presentaron su candidatura en plazo y en el lugar indicado en la convocatoria (la delegación provincial en Alicante de la AUGC), y su actuación en tanto que integrantes de la junta directiva provincial, que cumplieron defectuosamente sus obligaciones, puesto que dieron cuenta de la presentación en plazo de la candidatura a los órganos centrales

de la asociación pero sólo remitieron toda la documentación cuando fueron requeridos para ello a instancias del Comité de Garantías, una vez transcurrido el plazo de presentación de la candidatura. Y, asimismo, que al ser aplicable de forma subsidiaria la normativa administrativa y, más concretamente, la normativa electoral general, debió concederse a la candidatura de los demandantes un trámite de subsanación de tal defecto. Declara el Tribunal Supremo que, consistiendo la infracción del derecho de asociación que se denuncia en la vulneración de la legalidad estatutaria y de régimen interno, la falta de justificación adecuada de la existencia de tal vulneración debe llevar a desestimar el recurso. (*S. L. M.*)